Die analoge Anwendung der Regeln über die Stellvertretung auf den Besitzerwerb durch Besitzdiener gemäß § 854 I BGB.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. W.

vorgelegt von
Franz Keith
aus Iserlohn, Referendar in Essen.

Münster 1931.
Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

Referent Herr Prof. Dr. Kreller
Korreferent Herr Prof. Dr. Jacobi.

Herrn Generaldirektor Dr. phil. h. c. Albert Janus
und seiner verehrten Frau Gemahlin
in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Seite:

IV. Kapitel: Die Analogie.

Literaturverzeichnis.

Achilles=Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. Berlin, Leipzig 1930.
Affolter: Das Willensmoment beim Besitzerwerb. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 17/1 ff.
Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. Jherings Jahrb. 48/101 ff.
Auerbach: Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien. Leipzig 1905.
Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. Gruch. Beitr. 42/666 ff.
Becker, Willy: Der Eigentumserwerb durch Verarbeitung. § 950 BGB. Diss. Greifswald 1928.
Bekker: Der Besitz beweglicher Sachen. Jherings Jahrb. 34/1 ff.
Bendix: Die Besitzlehre nach BGB. Im „Recht" 1900 S. 558 ff. 69 ff. Sonderabdruck Hannover 1900.
Berg, Hans: Erwerb und Verlust des Besitzes. Diss. Rostock 1905.
Biermann: Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. Festgabe der Juristischen Fakultät Gießen für Heinrich Dernburg. 1900.
Biermann: Bürgerliches Recht. 1. Bd. Allgemeine Lehre und Personenrecht. Berlin 1908.
Biermann: Sachenrecht. Berlin 1914.
Bochalli, Alfr.: Die Ausnahmen vom Vertretungsprinzip des BGB. Diss. Rostock 1900.
Bourrier: Vertretung im Willen. In der Zeitschr. des Dtsch. Not.=Vereins. Bd. 17 S. 373 ff.
Bremer: Beiträge zu der Lehre von dem Besitzerwerbe durch einen Stellvertreter. Zeitschr. für Zivilrecht und Prozeß. N. F. Bd. 11, S. 211 ff. Bd. 20, S. 1 ff.
Bruns, Carl Georg: Das Recht des Besitzes. Tübingen 1848.
Bruns, Viktor: Besitzerwerb durch Interessenvertretung. Tübingen 1910.
Buchka: Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen. Rostock 1852.
Buhl, Heinr.: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB. 1901.
Burghoff: Der Besitzwille. Diss. Greifswald 1900.
Bührig: Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch Vertreter. Diss. Leipzig 1907.
Busch, Fritz: Der Eigentumserwerb durch Dritte bei der Aneignung, dem Fruchterwerb und der Verarbeitung. Diss. Leipzig 1908.
Colberg, Alb.: Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriffe. Bonn 1908.
Cosack, Conr.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Jena 1922.
Cosack=Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 7./8. Aufl. Jena 1924.
Cosmann, Rich.: Das Wesen des Besitzdieners mit der Berücksichtigung seiner Rechtsstellung. Diss. Leipzig 1908.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 1900. 3. Bd. 1905.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.
Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens II. Aufl. Halle 1901.
Dnistrjanskyj: Dingliche und persönliche Rechte. Jherings Jahrb. 78/87 ff.
Draganesco: Stellvertretung beim Besitzerwerb. Berlin 1916.
Ebbecke: Besitzstand im „Recht" 1913. S. 261 ff.
Eck: Vorträge über das Recht des BGB. 2. Aufl. Berlin 1904.

Eger, Otto: Vertretung beim Eigentumserwerb. Diss. Gießen 1900.
Eltzbacher: Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. 1. Bd. Das rechtswirksame Verhalten. Berlin 1903.
Endemann: Lehrbuch des Sachenrechts. 8./9. Aufl. 1905.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1.—11. Bearb. Marburg 1926. Bd. I, 2—10. Bearb. Marburg 1927.
Fleck: Der Bote. Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 15. S. 337.
Förtsch: Die Besitzerstellung der Vertreter und vertretenen Personen. Gruch. Bd. 43.
Frank, Carl: Besitzwille. Diss. Bonn. 1898.
Fuchs, Willy: Stellvertretung beim Besitzerwerb. Diss. Marburg 1920.
Ganz: Die tatsächliche Gewalt beim Besitze. 1914.
Gärtner: Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und nach neuerem deutschen Rechte. Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 1901. Heft 4.
Gareis: Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Geisler: Der Besitz des gesetzlichen Vertreters. 1905.
Gierke, Otto, v.: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. Jena 1897.
— Deutsches Privatrecht 2. Bd.; Sachenrecht. Leipzig 1905.
Goetz, Hans: Eigentumserwerb des Auftraggebers bei verdeckter Stellvertretung. Diss. Breslau 1907.
Goldschmidt: Studien im Besitzrecht, in den Festgaben für Gneist 88/64.
Gotthilf, Martin: Besitz- und Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch einen unbeauftragten Geschäftsführer. Diss. Breslau 1918.
Heck: Gesellschaftsbeschlüsse und Willensmängel bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In der Festschrift für Otto Gierke zum 70. Geburtstag.... 1911. Bd. I S. 319 ff.
Heinrichs, Rich.: Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter nach gemeinem Recht und nach dem Rechte des BGB. Diss. Rostock 1900.
Hellmann: Zu Bruns „Besitzerwerb durch Stellvertreter". Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 50 S. 104 ff.
Hellwig, K.: Ueber Rosenberg „Stellvertretung im Prozeß", Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 39 S. 346 ff.
— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 3 Bände. Leipzig 1907.
Herz, Ernst: Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag. Iherings Jahrb. 74/1 ff.
Heß: Der Besitzdiener des § 855 BGB. 1904.
Höniger: Diskontierung von Buchforderungen. 1912.
Hoos: Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter. Diss. Erlangen 1904.
Hupka, Jos.: Die Vollmacht. Leipzig 1900.
Jacobi: über Rosenberg: Stellvertretung im Prozeß, in der Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 49 S. 66 ff.
Ihering, R. von: Der Besitzwille. Jena 1889.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB 1900.
Jung: Eigentumsübergang beim Kommissionskauf. Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 47. S. 183 ff.
Kaemmerer: Die Zulässigkeit einer Stellvertretung beim Besitzerwerb. Halle 1908.
Kappler, Karl: Zur Lehre vom Gesetz. Diss. Freiburg 1899.
Kiel: Die Mittelsperson beim Abschluß des formellen Grundstückveräußerungsvertrages. „Recht" 1923 Sp. 71 ff.
Klein, Peter: Die Rechtshandlungen im engeren Sinne. München 1912.
Kreß: Besitz und Recht. Nürnberg 1909.
Kniep: Der Besitz des BGB. Jena 1900.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Allg. Teil Berlin 1906.

Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. Berlin 1929.
— Pflichterfüllung und Rechtsausübung. Iherings Jahrb. 65/209 ff.
— Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 108 S. 179 ff.

Kupsch, K. H. von: Die Stellvertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen. Diss. Greifswald 1928.

Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1904.
Langen, Arnold: Eigentumserwerb und -Verlust bei Kommissionsgeschäften. Marburg 1900.

Last: Fragen der Besitzlehre. Iherings Jahrb. Bd. 62. S. 1 ff.; 63, 71 ff.
Lehmann, Heinr.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin, Leipzig 1922.

Lenel: Stellvertretung und Vollmacht. Iherings Jahrb. 36, 1 ff.
Lenz, Otto: § 164 Abs. 2 BGB. Diss. Heidelberg 1927.
Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Leonhard, R.: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.
Maenner: Sachenrecht. 2. Aufl. 1906.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
— Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Mathießen: Stellvertretung in der Erklärung. Juristische Wochenschrift 1924, 659.
Mitteis, Ludw.: Lehre der Stellvertretung. Wien 1885.
Moeller: Eigentumserwerb beim Kommissionskauf. Diss. Leipzig 1906.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe. Berlin 1896.
Müller, Alfons: Besitz- und Eigentumserwerb bei versendeten Sachen nach geltendem Rechte. Berlin 1920.
Munscheidt, Wilh.: Stellvertretung im Besitzerwerb. Diss. Leipzig 1901.
Nassauer: Besitzerwerb durch Mittelspersonen nach gemeinem Recht und dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Heidelberg, Diss. 1910.
Nord: Rechtliche Natur der Besitzübertragung. Diss. Rostock 1903.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. 1. Buch. Allgem. Teil. 3. Aufl. Berlin 1927. 2. Buch. 1. Abtl. 5. Aufl. Berlin 1928. 2. Abtl. Berlin 1929.
Oppenheim, Bruno: Begriff und Stellung des Besitzdieners. Diss. Jena 1900.
v. d. Osten: Der Eigentumsübergang bei Tradition an einen im fremden Interesse, aber eigenen Namen handelnden Beauftragten im gemeinen und bürgerlichen Recht. Diss. Greifswald 1907.
Pape: Die Besitzhelfer im Sinne des § 855 und § 868 BGB. 1916.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin 1913. Sachenrecht. 4. Aufl. Berlin 1920.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Berlin 1899.
Przibilla: Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter. Iherings Jahrb. Bd. 50.
Raape: Besitzerwerb ohne Willen. Diss. Bonn 1901.
Randa, Anton: Besitz nach österreichischem Recht. 4. Aufl. 1895.
Regelsberger: Besitzerwerb durch Mittelspersonen. Iherings Jahrb. 44/395.
Reichsgerichtsräten: Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert von, Bd. 1 und 3, 6. Aufl. Berlin 1928.
Richter, Paul: Zur Lehre von der Vertretung bei Nichtrechtsgeschäften. Diss. Rostock 1913.
Riezler: Venire contra factum proprium. 1912.

Rohde: Studien im Besitzrecht. XX. Besitzerwerb durch Stellvertreter nach BGB. Düsseldorf 1909.
Rosenberg: Stellvertretung im Prozeß. Berlin 1909.
— Kommentar zum Sachenrecht. München 1919.
Rosenstock: Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertreter. Diss. Breslau 1917.
Rotering: Aus der Lehre vom Besitz. Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 27/55 ff. Bd. 38/145 ff.
Rümelin, Max: Handeln in fremdem Namen. Arch. f. ziv. Praxis. 93/131 ff.
Savigny, v.: Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. Wien 1865.
Schindler, Fritz: Der Besitzerwerb durch Stellvertreter. Diss. Breslau 1926.
Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht. 1904.
Schloßmann: Besitzerwerb durch Dritte. Leipzig 1881.
— Die Lehre von der Stellvertretung. 1900 und 1902.
Schulze: 2 Fragen zur Auslegung der §§ 987 ff. BGB. Gruchots Beiträge 64/400.
Seeba: Kann ein in eigenem Namen auftretender Stellvertreter unmittelbar mit der Uebergabe der tradierten Sache an ihn für den Vertretenen Besitz und Eigentum erwerben? Diss. Greifswald 1905.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht. Tübingen 1907.
Sohm: Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts. 17. Aufl. bearbeitet von Ludwig Mitteis, herausgegeben von Leopold Wenger. München und Leipzig 1928.
Sokolowski, Paul: Philosophie im Privatrecht. Bd. 2. Halle 1907.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Sprenger, F.: Das Wesen des Besitzes. Diss. Freiburg 1903.
Sprenger, Otto: Der Besitzdiener. Diss. Rostock 1902.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Bd. 9. Aufl. Leipzig 1925. 3. Bd. 9. Aufl. Leipzig 1926.
Stemann: Voraussetzungen des Besitzerwerbs im Subjekte des Besitzes. Diss. Rostock 1903.
Stephan: Besitzerwerb durch Einigung. 1911.
Stintzing, Wolfg.: Besitz, Gewere, Rechtsschein. Arch. f. ziv. Praxis 109/151 ff.
Stöver: Ist die Einigung im Sachenrecht .... ein Rechtsgeschäft? Arch. f. bürgerl. Recht. 26/151 ff.
Stolz: Besitzdiener und die Stellvertretung beim Besitzerwerb. Diss. 1913.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Iherings Jahrb. Bd. 38.
Tasche, Fr.: Fremdwirkende Spezifikation, ihr Umfang und Wesen. Diss. Göttingen 1920.
Thoma, Rich.: Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB. Diss. Freiburg 1900.
Titze, Heinr.: Das Mißverständnis. 1910.
Tobias: Eigentumserwerb durch Verbindung. Arch. f. ziv. Praxis. 94/371 ff.
v. Trendelenburg: Besitzerwerb durch Stellvertreter. Diss. Greifswald 1904.
Türke, Niederführ, Winter: Bürgerliches Recht. Bd. I und II. Stuttgart 1905.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Leipzig 1910. II, 1 Bd. Leipzig 1914. II, 2 Bd. Leipzig 1918.
Vallbracht, Gertmann: Die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses in dem geltenden deutschen Rechte und in dem Entwurfe eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Diss. Gießen 1927.
Vleugels, Goswin: Die unbestellte Zusendung. Diss. Köln 1929.

Walsmann: Ueber Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Göttingische Gelehrte Anzeigen. 170. Jahrg. Bd. II. S. 660 ff. Berlin 1908.

Wendt, Otto v.: Besitz und Besitzwille in der Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen. 1907.

— Besitz und Innehabung. Arch. f. ziv. Praxis Bd. 74, Bd. 87/41 ff.

Wildt, Franz: Unter welchen Voraussetzungen wird die Inhabung im gemeinen Recht und im BGB geschützt? Köln 1898.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, Martin: Der Bau auf fremdem Boden. Jena 1900.

— Das Recht zum Besitze. Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, Berlin 1903.

Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. 1878.

I. Kapitel.

Die Vertretung.

§ 1. Der Begriff der Vertretung.

a) Vom logischen Gesichtspunkt aus lassen sich die Mitwirkungsmöglichkeiten einer Person bei der Vornahme einer juristisch wirksamen Handlung einer andern in zwei Gruppen teilen, je nachdem sie an ihrer Stelle gehandelt hat oder neben ihr tätig geworden ist. Dieser logischen Zweiteilung entspricht auch die rechtliche Unterscheidung unseres BGB. in Vertreter und Gehilfen.

Stellvertreter ist, wer an Stelle eines andern handelt. Dies tut, wer den gesamten gesetzlichen Tatbestand einer juristisch wirksamen Handlung in seiner Person selbständig mit der Willensäußerung erfüllt, daß die Rechtsfolgen einen anderen treffen sollen. Der unmittelbare und ursprüngliche Eintritt der Rechtswirkungen beim Vertretenen hängt von der Vertretungsmacht, d. h. davon ab, ob das Gesetz als deren Grundlage einen Tatbestand normiert hat, der die Wirkungen in der Person des Vertretenen eintreten läßt, und ob die Voraussetzungen dieses Tatbestandes in der Person des Handelnden gegeben sind.

Gehilfe ist jeder andere, der auf sonstige Art bei der rechtlich wirksamen Handlung eines Dritten mitwirkt.

b) Im Gegensatz zu der obigen Definition will eine Reihe von Schriftstellern[1]) den Begriff der „wahren Stellvertretung" enger fassen und ihn auf die Abgabe und Annahme einer Willenserklärung (WE) in fremdem Namen beschränken. Sie folgern aus der Tatsache, daß das Gesetz allein die Stellvertretung bei WEen geregelt hat, das Eigentümliche der Stellvertretung liege darin, daß die Richtung auf den Vertretenen gerade gewollt sei. Die Möglichkeit aber, eine Rechtsfolge durch den Willen zu erzeugen, bestehe allein bei den Rechtsgeschäften, da die Rechtsfolge nur in ihnen deshalb eintrete, weil man den Erfolgswillen gefaßt habe. Bei den Rechtshandlungen hingegen sei ein auf den Rechtserfolg gerich-

1) Manigk, Anwendg. S. 355 f., 315; in genauer Uebereinstimmung mit ihm Kaemmerer S. 24, 28; Endemann I S. 375, III § 33 Anm. 20; Bartels Gruch. 42/666; Stolz S. 65; Schindler S. 18; Nassauer S. 27; Isay S. 362; Biermann, Vertretung, S. 91; ihm folgt Cosmann S. 46; vgl. noch Enneccerus § 166 I, jedoch auch § 194.

teter Wille unerheblich, weil sich in ihnen die Rechtswirkungen kraft Gesetzes einstellen. Daher könne bei ihnen von einer Stellvertretung keine Rede sein.

Zutreffend ist an dieser Ansicht allein, daß die Richtung auf den Vertretenen gerade gewollt und dieser Wille auch geäußert sein muß. Irrig ist aber die weitere Behauptung, der Wille müsse den Charakter eines Erfolgswillens besitzen. Dieser gehört nicht zum Begriff der Stellvertretung. Nicht einmal die rechtsgeschäftliche Vertretung erfordert stets einen auf den Rechtserfolg gerichteten Willen, denn er fehlt dem passiven Vertreter, welchem gegenüber eine WE abgegeben wird[2]).

Dem BGB liegt vielmehr ein allgemeiner Begriff der Stellvertretung zugrunde, der Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen umfaßt[3]), von dem aber nur die Stellvertretung bei WEen geregelt wurde, weil sie die wichtigste schien und man von den Rechtshandlungen noch nicht genügende Kenntnis hatte[4]), und weil man glaubte, mit einer analogen Anwendung auszukommen[5]).

Stellvertretung liegt überall dort vor, wo auf Grund des hierauf gerichteten selbständigen Handelns des einen die gesamten Rechtsfolgen unmittelbar und ursprünglich in der Person eines andern eintreten[6]). Diese Erscheinung treffen wir außer bei den Rechtsgeschäften auch bei anderen rechtswirksamen Handlungen. So kann ich als Vertreter mahnen, den Zustimmungsberechtigten nach den §§ 108, 177, 415, II; 1396 BGB zur Genehmigung auffordern oder die Erklärung abgeben, daß der Vertretene die Leistung nicht annehmen wolle[6a]). Ich kann als Vertreter eine Wohnung mieten und die Möbel des Vertretenen in die Wohnung schaf-

---

2) Rosenberg StV S. 7. Dieses Argument entfällt, wenn man der Ansicht v. Tuhrs II S. 357 Anm. 149, und Oertmanns S. 164, 2 b folgt, daß der passive Vertreter einen Vertretungswillen überhaupt nicht zu besitzen brauche.

3) Rosenberg a. a. O. S. 28, 210; Hellwig S. 111 (Verträge auf Leistung); Hellwig zu Rosenberg S. 366; Hölder S. 110; Kohler I S. 430; Dernburg § 161 IV; Planck § 164 III; Wolff, Ueberbau, § 10 Anm. 7; R. Leonhard S. 301, 299; Staudinger § 164, 5c; Klein S. 57 Anm. 77; Oertmann § 164 Vorbem. 2c; RGRK § 164 Vorbem. 1; Krückmann, Inst. S. 425; Tasche S. 62; vgl. Biermann BGB § 79, 2; Leonhard, F. Fahrniserwerb S. 67.

4) Wolff a.a.O.

5) Mot. III. S. 83; I S. 127.

6) vgl. Oertmann § 164 Vorbem. 2c; Jhering, Geist d. röm. R. 3. Teil, 1. Abt. — Trennung von Ursache und Wirkung. Ihm folgen Tasche S. 62; Herz S. 3, 5; Dreyer DJZ 17 Bd. 1 S. 95; v. Tuhr II, 2 S. 337.

6a) Dies sind Rechtshandlungen vgl. v. Tuhr II § 48 S. 109.

fen. Jetzt erwirbt der Vermieter ein Pfandrecht an den Möbeln des Vertenen, allein weil ich als dessen Vertreter die Möbel in die Wohnung eingebracht habe[7]). Ich kann mir an Stelle meines Freundes als sein Besitzmittler eine Sache tradieren lassen; dann wird er Eigentümer, weil ich als sein Vertreter den unmittelbaren Besitz erworben habe[7a]).

Man[8]) hat gegenüber der Stellvertretung in diesem weiteren Sinne den Einwand erhoben, sie verwische die Grenzen zu anderen Rechtsfiguren, wie z. B. zu der Zahlung fremder Schulden, dem Vertrage zugunsten Dritter oder zu der Leistung auf Grund einer Anweisung, da auch sie das Handeln einer Person an Stelle einer anderen enthielten.

Diese Kritik ist ungerechtfertigt. Wer die Schulden eines andern gemäß § 267 BGB in eigenem Namen bezahlt, ist nicht Vertreter, da nicht sämtliche Rechtsfolgen bei dem andern eintreten, sondern allein die Befreiungswirkung. Hat der Dritte gezahlt, obwohl die Schuld nicht bestand, so steht ihm der Bereicherungsanspruch zu, eine Rechtslage, die mit seiner angeblichen Vertreternatur nicht in Einklang zu bringen ist[9]). Ebenso ist nicht Vertreter, wer einen gegenseitigen Vertrag zugunsten eines Dritten schließt. Denn der Dritte erwirbt lediglich den Anspruch auf die Leistung, während der Kontrahent zur Gegenleistung verpflichtet ist und im Zweifel auch neben dem Dritten die Leistung fordern kann[10]). Bei der Anweisung liegt ebenfalls eine Vertretung im obigen Sinne nicht vor. Die Auffassung, die Anweisung sei Inkassovollmacht[11]), ist mit Recht abgelehnt worden[12]), da vor allem die Wirkungen andersartig sind. So kommt der Angewiesene durch eine Nichtleistung an den Anweisungsempfänger trotz dessen Mahnung nicht dem anweisenden Gläubiger gegenüber in Verzug (arg. § 778, II BGB), eine Erscheinung, die sich mit der Vertreternatur des Anweisungsempfängers nicht vereinbaren läßt[13]).

c) Der Begriff der Stellvertretung in dem oben dargestellten Sinne ist noch abzugrenzen gegen einen Sprachgebrauch in der Literatur, der

---

7) Beispiel v. Klein S. 58.
7a) Beispiel v. Bruns S. 89.
8) Herz S. 11.
9) Oertmann § 267, 2a, § 164 Vorb. 2c. Zudem ist auch eine Vollmacht nicht erforderlich.
10) Oertmann § 164 Vorb. 2c und d. d. Zit.; vgl. Rümelin S. 153.
11) Lenel, JJ 36/114.
12) Herrsch. Ans. vgl. v. Tuhr, JJ 48/2—3.
13) v. Tuhr, JJ 48/3 f.; weitere Argumente vgl. Oertmann § 783 Vorb. 1 b a; vgl. v. Tuhr II § 84 VIII 4.

die Vornahme nicht nur einer juristisch wirksamen Handlung, sondern einer jeden Tätigkeit des einen an Stelle des andern mit Vertretung bezeichnet[14]). Bei einem Teil dieser Schriftsteller[20]) herrscht Einigkeit darüber, daß man es mit einer von der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung durchaus verschiedenen Erscheinung zu tun hat. Man glaubt aber, die Verwandtschaft sei größer zu ihr als zur Gehilfenschaft, da sich eine Beziehung zu Dritten bloß mit dem Begriffe der Vertretung gewinnen lasse, während die Gehilfenschaft allein für das Innenverhältnis Verwendung finden könne[16]). Aus diesem Grunde nennt man dann auch die Vornahme einer jeden Tätigkeit des einen an Stelle oder für den andern Vertretung. Es ist allerdings zum Teil eine terminologische Frage[17]), ob man die Stenotypistin, die Briefe schreibt, den Lagerarbeiter, der Säcke ablädt oder den Fahrer, der das Auto lenkt, als Vertreter bezeichnen will. Jedoch fehlt allen diesen Tätigkeiten, obwohl zahlreiche Rechtsgeschäfte über sie abgeschlossen werden[18]), der sie alle einende juristische Begriff[19]). Daher ist ihnen auch bisher eine gemeinsame Bezeichnung mit Recht verwehrt worden. Aber selbst wenn man ihnen eine solche geben wollte, so könnte es nicht der Name „Vertretung" sein[20]). Denn die Stellvertretung des BGB in dem von uns dargestellten Sinne umfaßt nur solche Tatbestände, die begriffsnotwendig durch eine Handlung, d. h. durch ein gewolltes menschliches Verhalten erfüllt werden[21]), während der Erfolg, der durch die hier in Rede stehenden Tätigkeiten herbeigeführt wird, nicht notwendig eine Handlung verlangt. So kann z. B. das Abladen von Wagen rein maschinell geschehen, wie auch die Umbildung des gesprochenen Wortes in dauerhafte Zeichen ohne unmittelbares menschliches Zutun möglich ist. Aus diesem Grunde ist es grade vom terminologischen Gesichtspunkt aus nicht zu empfehlen, den Begriff

---

14) Krückmann, JJ 65/231 „Wer sich in der Vornahme einer Handlung vertreten läßt, der ist eben vertreten." Mit Recht hat Tasche S. 63 Anm. 5 darauf hingewiesen, daß dies zu weit gefaßt ist, da es darauf ankomme, ob das Gesetz dieses Vertretenlassen anerkenne. Wie Krückmann auch Dreyer DJZ 17 I S. 95. Vgl. auch Krückmann a.a.O. S. 214, 231.

15) So Krückmann, auch wohl Dreyer.

16) Krückmann a.a.O. S. 215.

17) So Dreyer a.a.O.; Krückmann S. 214.

18) So z. B. als Erfüllungsgehilfen des § 278 BGB, die dann Krückmann seiner oben erwähnten Auffassung nach als Erfüllungsvertreter bezeichnet. a.a.O. S. 214.

19) So mit Recht Laband, Z. f. H.R. Bd. X S. 189.

20) Vgl. Krückmann a.a.O. S. 231.

21) Vgl. Rosenberg, StV. S. 2 und d. d. Zit. Laband a.a.O.

der Stellvertretung auf die Tatbestände der letzteren Gruppe auszudehnen, weil damit — dem Sinn und Zweck der Terminologie zuwider — Ungleiches unter demselben Namen zusammengefaßt werden würde.

§ 2. Die Darstellung der Vertretung.

Der Vertreter hat den vom Gesetz normierten Tatbestand der Handlung selbständig in seiner Person zu erfüllen.

a) Was im einzelnen zum gesetzlichen Tatbestand gehört, ist dem Gesetze zu entnehmen. Daß dies oft nicht eindeutig möglich ist, zeigen die Streitfragen über die Willenserklärung, deren Tatbestand das BGB nicht normiert hat. Im Rahmen dieser Arbeit kann hierauf nicht näher eingegangen werden. Es soll lediglich festgestellt werden, daß zur Abgabe einer gültigen WE grundsätzlich die Erklärung und der auf den Rechtserfolg gerichtete Wille des Abgebenden gehören[22]). Der Vertreter, der an Stelle eines andern eine WE abgeben will, hat also beide Tatbestandsteile zu erfüllen[23]).

Die Tatbestände der anderen rechtswirksamen Handlungen verlangen einen Erfolgswillen nicht. So genügt zum Tatbestande der Mahnung allein die Forderung der fälligen Leistung, zum Einbringen von Sachen in die von einem Vertreter gemietete Wohnung die Herstellung des räumlichen Verhältnisses durch ihn[24]).

b) Der Vertreter muß den vom Gesetz gegebenen Tatbestand in seiner Person erfüllen, d. h. er muß Hersteller dieses Tatbestandes sein. Bei der WE geschieht dies dadurch, daß er sie als die seine abgibt. Er muß also sagen, ich kaufe, ich kündige, ich will das Geld an Stelle des Vertretenen zurückhaben. Es reicht nicht aus, wie Rosenberg[25]) behauptet, daß er etwas erklärt. Nein, das unterscheidet ihn gerade vom Boten, daß er seine Erklärung abgibt. Während bei der WE der Vertreter sich aus ihrem äußeren Tatbestand als ihr Hersteller ergibt, dürfte er bei

---

22) Hellwig § 120 I 1 a; RGRK § 120 1; Enneccerus § 136 II A; Fleck S. 342; vgl. auch Manigk WE S. 423, 433.

23) Zu Rosenbergs Einwand StV S. 210/11), der Erfolgswille brauche vom Vertreter nicht gefaßt zu werden, sei kurz bemerkt, daß er diese Behauptung auf die gleiche irrige Beweisführung aus dem Prozeßrecht stützt, die wir unten S. 30, 38 und S. 53 Anm. 31 mit eingehender Begründung zurückweisen.

24) Es ist auch allein eine Frage des Tatbestandes, ob man den Boten, was hier nicht näher interessiert, als Vertreter ansieht. Vertreter in der Abgabe einer WE ist er nicht, da er den Erfolgswillen nicht zu fassen braucht.

25) StV. S. 219.

anderen Tatbeständen aus ihnen selbst nicht als solcher zu erkennen sein. Hier werden die Umstände, unter denen die Herstellung geschieht, mit zur Erkenntnis herangezogen werden müssen. So ist es den in der Wohnung stehenden Möbeln und Koffern nicht anzusehen, in welcher Eigenschaft der Dienstmann sie hereingesetzt hat. Hier muß man auch die näheren Umstände kennen, muß wissen, daß er sie als Vertreter des Eigentümers eingebracht hat.

c) Letztes Erfordernis ist, daß der Vertreter den Tatbestand selbständig erfüllt. Selbständig heißt: ein Dritter, demgegenüber er tätig geworden ist, muß den berechtigten Eindruck haben können, daß der Mittler auf Grund eines eigenen Willensentschlusses gehandelt hat[26]).

Dieser Willensschluß bezieht sich auf die Bildung des Willens, der die unmittelbare Herstellung des Tatbestandes erstrebt, auf dem sich die konkrete Rechtsänderung aufbaut (Geschäftswille). Der Geschäftswille ist nicht auf die Rechtsgeschäfte begrenzt und ist auch nicht mit dem Erfolgswillen identisch. Er ist umfassender und enthält bei Rechtsgeschäften den Erfolgswillen, während er bei Rechtshandlungen nur auf die unmittelbare Begründung der Tatsachen gerichtet ist, welche die erstrebte Rechtslage verlangt[27]). Die Bildung des Geschäftswillens durch den Vertreter allein unterscheidet diesen seinen inneren Natur nach vom Gehilfen[28]). Denn das ist das Wesen der Stellvertretung des BGB, daß der Geschäftswille ungeteilt beim Vertreter ist[29]).

---

26) Gemeint ist also nicht die tatsächliche w i r t s c h a f t l i c h e Selbständigkeit, die K r ü c k m a n n als Kriterium, JJ 65/229, ablehnt.

27) Vgl. RGRK 116 Vorbem. 1. Viele fassen den Geschäftswillen zu eng. So H u p k a S. 32, indem er ihn der rechtsgeschäftlichen Vertretung entsprechend als Rechtsgeschäftswillen auffaßt. So auch v. T u h r II 1 S. 401, der, weil er nur an die Rechtsgeschäfte denkt, ihn dem Erfolgswillen gleichsetzt. Die weitere Fassung des Begriffs ist eine notwendige Folge des Begriffs der Stellvertretung in dem oben entwickelten Sinne.

28) damit auch vom Boten.

29) Dies ist das Ergebnis einer heiß umkämpften gemeinrechtlichen Streitfrage. Gegenüber der von v. S a v i g n y vertretenen Auffassung, der Vertretene sei der Kontrahent, der den Vertreter nur als Organ benutze, hat die „Repräsentationstheorie" im BGB den Sieg davon getragen, die den Vertreter als alleinigen Träger des Geschäftswillens ansieht. Auch die „Mittelmeinung" von M i t t e i s, der Wille des Vertretenen und der des Vertreters verbänden sich zu einem gemeinschaftlichen, einheitlichen Geschäftswillen, ist mit Recht abgelehnt worden, da auch sie die gesetzliche Vertretung nicht erklären kann. Festzuhalten ist daran, daß der Vertreter allein in seiner Person das Geschäft erfüllt, er allein den auf unmittelbare Bewirkung der Rechtsänderung gerichteten Willen zu besitzen braucht. Da aber der Wille des Vollmachtgebers in der Vollmacht zum Ausdruck kommt und diese Voraussetzung für die Gül-

Der Geschäftswille besitzt, wie jeder rechtserhebliche Wille, nur dann rechtliche Wirksamkeit, wenn er in einem Verhalten zum Ausdruck gekommen ist[30]). Daher kann bei allen Geschäften allein das Auftreten des Mittlers nach außen seinen Gehilfen- bzw. seinen Vertretercharakter bestimmen[31]).

In welcher Eigenschaft der Mittler auftritt, ist bei der WE wieder einfach zu erkennen. Die Entscheidung fällt sogar mit der über das vorige Erfordernis zusammen. Indem der Vertreter sagt, ich kaufe, ich kündige, stellt er sich sofort als selbständig handelnd dar. Denn in seinen Worten findet der Geschäftswille den klarsten Ausdruck. Anders wieder bei den von dem Mittler in die Wohnung gebrachten Möbeln. Hier kann er wohl als Hersteller des räumlichen Verhältnisses, aber trotzdem lediglich als Gehilfe erscheinen; z. B. wenn er als Gepäckträger in Begleitung des

---

tigkeit des Geschäftes ist, so ist auch diesem Willensmoment hinsichtlich der Wirksamkeit des Geschäfts Beachtung zu schenken. Das zeigt die Bestimmung des § 166 II BGB. In dieser modifizierten Form dürfte die „Repräsentationstheorie" dem BGB. zugrunde liegen. Vgl. Hupka S. 39/40; Staudinger § 164, 4. Ueber die Streitfrage selbst eingehend Hupka S. 30 ff.; Fleck S. 338 ff.

30) vgl. unten S. 50 ff.

31) Hellwig § 120 I 1a; Fleck S. 349 und d. d. Zt.; S. 360/1. Ob der Mittler Vertreter oder Gehilfe ist, richtet sich „allein nach den zwischen ihm und dem Dritten gewechselten Erklärungen"; Kolping S. 49 u. d. d. Zit.; Oertmann § 164 Vorb. 7b; ihm folgend Mathiessen JW 24/660; Klein S. 58/59; RGRK § 120, 1. Nicht ganz eindeutig v. Tuhr II 2 S. 337. „Erklärung des Vertreters ... hat einen eigenen Willensentschluß zum Inhalt." Wenn dies heißen soll: der Vertreter bringt in seiner Willenserklärung einen eigenen Willensentschluß zum Ausdruck, so ist hierin eine Zustimmung zu erblicken.

Dies ist das Ergebnis einer gemeinrechtlichen Streitfrage, die mit der S. 16 Anm. 29 erwähnten in innerem Zusammenhang steht. Sie sei hier nur kurz erwähnt. Ihering JJ 1 S. 273 ff. unterschied zwischen „juristischer" und „faktischer" Beihilfe, jedoch zeigte sich bald die Unmöglichkeit, eine solche Scheidung praktisch durchzuführen, da manche faktische Leistungen auch einen juristischen Gehalt haben. Zum Schluß standen sich die „Willenstheorie" und die sog. „Erklärungstheorie" gegenüber, denen Mitteis auch hier wieder seine „Mittelmeinung" entgegensetzte. Nach der ersteren entschied das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem. Hatte der Vertretene den Mittler zum Boten gemacht, so blieb er auch jedem Dritten gegenüber Bote, gleich, wie er sich verhielt. Diese Ansicht wird noch von Rosenberg vertreten, indem er der Erklärungstheorie, die es auf das gesamte äußere Auftreten abstellt (vgl. Fleck S. 348 ff.), vorwirft, dann läge es ja in der Entscheidung des Mittlers, ob er Vertreter oder Bote sein wolle. Gegenüber diesem Einwurf braucht man nur die Frage aufzuwerfen, wer denn schutzwürdiger ist, der Vertretene, der sich seinen Vertreter aussuchen kann, oder der Dritte, dem es unmöglich sein wird, das Innenverhältnis zu erkennen. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs ist allein durch die Erklärungstheorie gewährleistet. Die Mitteis'sche Theorie beruht auf seiner Ansicht über den begrifflichen Unterschied von Boten und Vertreter. Sie ist für das heutige Recht nicht mehr praktisch. Gute Darstellung der Frage bei Fleck S. 348 f., Kolping S. 42 f.

Herrn kommt. Notwendig ist also, daß die Selbständigkeit seines Handelns sich hier durch ein weiteres Moment nach außen kundtut.

Dies geschieht am besten dadurch, daß ein gewisses Dispositionsvermögen in die Erscheinung tritt. Jedoch ist die tatsächliche Entscheidungsmöglichkeit keine notwendige Voraussetzung auf Seiten des Vertreters. Die entgegengesetzte Ansicht wird von einer Reihe von Schriftstellern[32]) vertreten. Hierbei dürften aber die Fälle des § 166 II BGB übersehen sein, denn wenn jemand Auftrag und Vollmacht nur zu einer ganz bestimmten Handlung bekommen hat und tritt diesen Weisungen entsprechend selbständig auf, so ist er Vertreter, obwohl ihm jede Entscheidungsmöglichkeit fehlt. Als eine solche kann die Wahl, das Geschäft vorzunehmen oder nicht, nicht angesehen werden, da auch der Gehilfe diese Wahlmöglichkeit besitzt. Zudem entscheidet ein solcher Vertreter durch die Nichtvornahme nicht über das Geschäft, da es dem Vertretenen freisteht, das Geschäft durch einen andern ausführen zu lassen[33]). Ist die Entscheidungsfreiheit auch keine notwendige Voraussetzung für den Vertreter, so stellt ihre bei dem Geschäft zutage getretene Existenz, jedoch stets ein Kriterium für den Vertreter dar[34]) [35]), indem sie eine eigene Bildung des Geschäftswillens durch ihn voraussetzt, die dem Gehilfen unmöglich ist.

---

32) Staudinger § 164 Vorb. 2 b; Soergel § 167, 2.

33) Vgl. Bourrier S. 376 (unten Anm. 35).

Das RG. hat in einer Reihe von Entscheidungen dem gemeinsamen Vertreter der Parteien einer Grundstücksveräußerung, der vor dem Notar erschien und die Auflassung erklärte, den Vertretercharakter und damit dem Vertrage die Gültigkeit in Hinsicht auf § 925 BGB. abgesprochen (vgl. RG 76, 184; Gruch. 66/496). Als Grund diente die mangelnde Entscheidungsfähigkeit des Vertreters. Das RG. ging von dem richtigen Gedanken hierbei aus, daß der § 313 BGB nicht auf diese Art und Weise umgangen werden dürfe. Aus diesem Grunde sprach es dem Mittler den Vertretercharakter ab. Die mangelnde Entscheidungsmacht mag da als Notbehelf gedient haben. Jedenfalls wollte das RG. nicht an dieser Stelle eine grundsätzliche dogmatische Feststellung über die Natur des Vertreters treffen. Die Entscheidung ist als rein zweckgebunden zu betrachten. Daher erübrigt es sich, zu diesem Punkt sachlich Stellung zu nehmen. Derselben Ansicht Matthiessen JW 24/659, der auch andere Wege zur Befolgung der Formvorschrift des § 313 zeigt, Kiehl im Recht 23 S.p. 71 ff., der in seinen weiteren Beispielen die reine Zweckeinstellung der Rechtsprechung auf das Prinzip des § 313 BGB erkennen läßt, indem er dann die Gültigkeit der Vertretung annimmt, wenn bei im übrigen gleichen Verhältnissen nur einer vertreten ist, obwohl auch diesem Vertreter in gleichem Maße die Entscheidungsmöglichkeit fehlt.

34) Vgl. Oertmann § 164 Vorb. 7b; v. Tuhr II, 2 S. 340.

35) Irrig ist jedenfalls die Ansicht Bourriers, S. 384 ff. und die von Tasche, S. 39, der ihm folgt, dem Vertreter stehe begrifflich das Entscheidungsrecht nicht zu. Dies sei vielmehr ein Charakteristikum des Verwalters. Das Verwaltungsrecht sei das

d) Die Handlung muß mit der Willensäußerung erfolgen, daß die Rechtsfolgen in der Person eines andern eintreten sollen. Hierin kommt der Wille zum Ausdruck, an Stelle des andern mit unmittelbarer Wirkung für ihn die Handlung vorzunehmen (Vertretungswille). Der Vertretungswille ist zur Vertretung begrifflich erforderlich, da dort keine Vertretung vorliegt, wo der Wille des Mittlers auf den Fremderwerb nicht von Einfluß ist, wo ohne Rücksicht auf ihn Rechtswirkungen bei einer anderen Person eintreten[36]).

Die Art, wie der Vertretungswille geäußert wird, ist je nach dem vom Vertreter zu erfüllenden Tatbestand verschieden. Enthält der Tatbestand eine solche Willensäußerung, die auf einen Rechtserfolg abzielt und mit einem Kundgebungszweck verbunden ist (Willenserklärung?[36a])), so muß auch der Vertretungswille kundgegeben, also erklärt werden. Fehlt aber der zum Tatbestand gehörenden Willensäußerung — gleich, ob sie auf einen Rechtserfolg oder einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist — der Kundgebungszweck, so braucht sich der Vertretungswille nur in solchen Handlungen zu äußern, die nicht zu dem Zwecke vorgenommen werden, daß der Vertretungswille durch sie zur Kenntnis anderer Menschen gebracht werden soll. In diesen Fällen ist es auch nicht erforderlich, daß der Dritte den Vertretungswillen aus den Umständen entnimmt.

Im Zusammenhang hiermit steht es, daß bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen die Person des Vertretenen erkennbar sein muß[37]), während sie bei den Willensäußerungen ohne Kundmachungszweck nicht einmal bestimmt zu sein braucht[38]).

Recht, nach eigenem Willensentschluß fremde Angelegenheiten zu regeln. Dies werde wie die Vollmacht durch Auftrag, Dienstvertrag usw. erteilt. Seine Ansicht wird durch seine eigenen Beispiele widerlegt, so durch alle die Fälle, in denen die Vertretungsmacht weiterreicht als der Auftrag oder ihm gar entgegensteht, wie bei der Prokura, Scheinvollmacht, Generalvollmacht u. a. Nimmt hier der Vertreter auf Grund eigener Willensentscheidung ein Geschäft im Widerspruch zu dem ihm erteilten Auftrag vor, so ist es für den Vertretenen verbindlich, obwohl dieser ihm eine „Entscheidungsmacht" nicht erteilt hatte, eben weil die Entscheidungsmacht mit zur Vertretungsmacht gehört.

36) Vgl. Manigk, Anwendg. S. 312: Mathiaß I § 56 I. Kaemmerer S. 24; v. Tuhr II 2 S. 337; Rosenberg S. 229.

36a) Vgl. Manigk (WE) S. 188 ff., 192. Auf die Streitfrage über die Abgrenzung der WE von der Willensäußerung kann hier nicht eingegangen werden. Siehe hierüber Oertmann § 104 Vorb. 9, 10, insbesondere 11.

37) v. Tuhr II, 2. S. 343; a. A. z. B. Manigk, Anwendg. S. 313

38) Rosenberg, StV. S. 9, 10 u. d. d. Zit.; Hellwig II S. 348.

§ 3. Die Vertretungsmacht.

Die Vertreternatur des Mittlers ergibt sich aus seinem Auftreten. Ob aber die erstrebten Wirkungen sich in der Person des andern einstellen, hängt von der Vertretungsmacht ab, denn diese ist zwar kein wesentliches Merkmal des Begriffs, aber eine notwendige Voraussetzung der Folgen der Vertretung[39]).

a) Als rechtliche Grundlage der Vertretungsmacht ist ein vom Gesetz geschaffener Tatbestand erforderlich, kraft dessen die Rechtsfolgen der vom Vertreter an Stelle des Vertretenen vorgenommenen rechtlich wirksamen Handlungen auf Grund des Willens des Vertreters in der Person des Vertretenen sich unmittelbar und ursprünglich einstellen. In der Bildung solcher Tatbestände läßt das BGB eine klare Regelung vermissen. So ist eine ausdrückliche Normierung der Fremdwirkung allein für die Stellvertretung bei Willenserklärungen erfolgt[40]). Hinsichtlich einer Reihe von Rechtshandlungen ist eine Bestimmung hierüber überhaupt nicht getroffen. Für einen Teil von ihnen hat man wegen ihrer großen Verwandtschaft mit den Willenserklärungen die Regeln der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung ohne weiteres analog angewandt[41]). Bei anderen beruht die Fremdwirkung auf Gewohnheitsrecht[42]). Im § 855 BGB wiederum hat das Gesetz sie lediglich bei der Ausübung des Besitzes durch den BD geregelt. Diese mangelhafte Normierung der Fremdwirkung erklärt sich daraus, daß man zur Zeit der Schaffung des BGB nur geringe Kenntnis von der Natur der Rechtshandlungen besaß.

b) Das Entstehen der Vertretungsmacht hat zur Voraussetzung, daß der Tatbestand, welcher die Fremdwirkung normiert, in der Person des Vertreters erfüllt wird. Ein allen Tatbeständen gemeinsames Merkmal ihrer Erteilung liegt in einer gewissen Zustimmungsäußerung des Vertretenen[43]) zu den an seiner Stelle vorgenommenen rechtlich wirksamen

---

39) v. Tuhr II, 2 S. 341.

40) Man könnte allerdings in der Bestimmung des § 868 BGB eine entsprechende Regelung sehen.

41) z. B. in Rechtshandlungen i. e. S. (vgl. unten S. 87 ff.).

42) so bei § 950 BGB.

43) Die Bevollmächtigung ist ihrem Wesen nach die vorher erteilte Zustimmung (Einwilligung) zu dem gesamten Geschäftsschluß im Namen des Zustimmenden. Vgl. Oertmann §§ 164 Vorb. 3bα, 182 Vorb. 1, 2 und 3; v. Tuhr II 2 S. 378; Planck § 167 2c; Manigk Andg. S. 355; Rosenberg S. 127/28 und d. d. Zit.

Handlungen. Denn es ist ein Grundsatz des Rechts, daß niemand Träger privatrechtlicher Rechte, die mit Pflichten verbunden sind, ohne sein Zutun, allein aus der Person eines Dritten heraus werden kann[44]). Diese Zustimmungserklärung hat m. E. denselben rechtlichen Charakter wie die Handlung, auf die sie sich bezieht. Sie erfordert daher zu ihrer Erteilung dieselbe Handlungsfähigkeit der Person wie die Handlung, zu der der Vertreter bevollmächtigt wird. Daher erfolgt sie auch dem jeweilig gegebenen Tatbestand entsprechend einmal durch rechtsgeschäftliche Erklärung, die zuweilen ausdrücklich sein muß, oft aber ergibt sie sich aus Willensbetätigungen, d. h. aus Handlungen, die einen anderen Zweck, meist schon den Auftrag zu der fremdwirkenden Handlung erstreben[45]) und kann dann rechtsgeschäftlichen oder nur tatsächlichen Charakter tragen.

Das Gesetz hat den durch die vorherige Zustimmungserklärung bei Rechtsgeschäften geschaffenen Zustand als „Vollmacht" bezeichnet, was seine Rechtfertigung darin findet, daß sie eine selbständige Rechtsfigur mit eigenen Voraussetzungen und Wirkungen darstellt[46]). Es ist natürlich, daß das Gesetz bei den Handlungen, für die es eine Fremdwirkung ausdrücklich nicht normiert hat, auch diese zu ihrer Voraussetzung gehörende Zustimmungserklärung des Vertretenen nicht ausgebildet hat. Für die Rechtshandlungen i. e. S. hat man in Analogie die Vollmacht der §§ 166, II ff. BGB herangezogen. Interessieren dürfte aber vor allem die Natur der Zustimmungserklärung bei den anderen mit einer Fremdwirkung ausgestatteten Tatbeständen wie den §§ 855 und 950 BGB. Soweit es sich um die Zustimmungserklärung des Besitzherrn (BH) handelt, wird ihre eingehende Behandlung Aufgabe dieser Arbeit sein. Wir werden sehen, daß sie zwar mit geringeren selbständigen Voraussetzungen und Wirkungen als die Vollmacht ausgestattet ist, aber doch ein gewisses Eigenleben führt. Zum Unterschied von der Vollmacht werden wir sie mit „Handlungsmacht" bezeichnen. Ihr gegenüber ist die Vollmacht umfassender, denn mit der Erteilung der Vollmacht ist die der Handlungsmacht wohl stets verbunden. Die Handlungsmacht

---

44) Endemann § 34; Bleugels S. 15 Anm. 1; Draganesco S. 115; RGRK § 854, 3; Tasche S. 69.

45) RGRK § 167 Ziff. 1; Soergel § 167 Ziff. 4; Staudinger § 167 Ziff. 3, vor allem 5; Biermann, Vertretung, S. 111.

46) Die Ansicht Schloßmanns, der Begriff der Vollmacht sei wertlos und es müsse allein auf das Kausalverhältnis abgestellt werden, dürfte hinreichend widerlegt sein; vgl. vor allem Hupka S. 24 ff.; Rümelin S. 134 ff., 292 ff.

dürfte daher, nur wenn sie allein vorkommt, mit diesem Ausdruck zu bezeichnen sein.

Die Erkenntnis, daß das selbständige Handeln des einen an Stelle des andern mit unmittelbarer und ursprünglicher gewollter Wirkung für den andern seiner einheitlichen inneren Natur nach unter den Begriff der Stellvertretung zusammenzufassen ist, gibt noch nicht die Entscheidung der Frage, ob die §§ 164 ff. BGB über die rechtsgeschäftliche Stellververtretung auf die Vertretung i. w. S. anzuwenden sind. Es besteht allerdings, wegen der wesentlichen Gleichheit der charakteristischen Voraussetzungen, grundsätzlich die Möglichkeit einer analogen Anwendung. Jedoch ist diese im Einzelfalle von der Prüfung abhängig, inwiefern die Bestimmungen der §§ 164 ff. BGB wurzelechte Triebe der Stellvertretung i. w. S. sind und sich als solche auf die bestimmte Rechtshandlung anwenden lassen, oder ob sie speziell auf die Stellvertretung bei Willenserklärungen zugeschnitten und somit einer analogen Anwendung unzugänglich sind.

Es wird daher zunächst unsere Aufgabe sein, zu prüfen, ob die für die Rechtsfolgen der Stellvertretung wesentlichen Merkmale, wie wir sie oben festgestellt haben, auch beim Besitzerwerb durch BD gemäß § 854 Abs. 1 BGB vorliegen[47]).

Zwischenstück.

§ 4. Die Tatvertretung Tasches.

Nicht im Einklang mit dem herrschenden Begriff der Stellvertretung stehen die Auffassungen einiger neuerer[48]) Schriftsteller, von denen seiner eigenartigen Ansicht wegen Tasche hier besondere Erwähnung finden soll.

Tasche[49]) hat einen besonderen Begriff der „Tatvertretung" bei der Spezifikation entwickelt. Er hat richtig erkannt, daß es sich bei den Personen, die bei der einem andern zuzurechnenden Verarbeitung mitwirken, um Gehilfen und Vertreter handelt. Allein seine Unterscheidungsmerk-

47) Denn das ist das Wesen der Analogie, daß man auf die rechtlichen Voraussetzungen einer Frage, die gesetzlich nicht geregelt ist, die Rechtsfolgen eines solchen bestehenden Rechtssatzes anwendet, dessen Voraussetzungen mit der Voraussetzung der Frage eine rechtliche Aehnlichkeit haben, d. h. teilweise in den für die Rechtsfolge wesentlichen Punkten gleich sind. Vgl. Klein S. 4—5 zu Stammler.
48) vgl. auch Herz, JJ 74/1 ff.
49) vor allem S. 60 ff.

male[50]), die er auf Grund der objektiven Teilnahmetheorie im Strafrecht gibt, sind nicht zutreffend, weil er die Selbständigkeit als Kriterium des Vertreters ablehnt[51]). Er ist zu dieser Ablehnung gekommen, da er einmal die Selbständigkeit des Vertreters als tatsächlich zu fordernde Entscheidungsmöglichkeit auffaßt[52]), dann weil er, auf dieser irrigen Ansicht aufbauend, sie als Wesenszug des Verwalters ansieht[53]). Auf Grund dieser m. E. unrichtigen Grenzziehung sind viele von Tasches Vertretern in Wahrheit Gehilfen[54]).

Er stellt dann in seiner „Tatvertretung" dem Handeln im fremden Namen und der Vollmacht zwei entsprechende Figuren gegenüber, das Besitzbeziehungsverhältnis und die Gestattung. Während die Gestattung ebenfalls eine Art der Zustimmung darstellt, glaubt er hinsichtlich des Besitzbeziehungsverhältnisses im Gegensatz zum Handeln im fremden Namen dessen rein objektive Natur feststellen zu können[55]). Jedoch wird er, wie er selbst erkennt, zu einer für seine Konstruktion empfindlichen Ausnahme in dem Falle gedrängt, daß der Vertreter, z. B. der Schneider, anstatt für den Besteller für sich selbst aus dem übergebenen Stoff einen Anzug herstellt[55]). Der Eigenerwerb des Schneiders soll allein aus der Tatsache zu erklären sein, daß ein höherstufiger Besitzer oder ein Besitzherr nicht mehr über ihm steht. Dem Eigenerwerbswillen des Schneiders will er bloß mittelbaren — durch die Zerstörung des Besitzverhältnisses wirkenden — Einfluß zuerkennen. Hier hat er aber m. E. Ursache und Wirkung verwechselt. Sollte Tasches Beobachtung richtig sein[56]),

50) S. 56.
51) S. 53.
52) Seine Ansicht ist beeinflußt durch eine Ablehnung des von Klein (S. 59) vertretenen Standpunktes. Es ist ihm zuzugeben, daß Klein so, wie er es S. 59 ausdrückt, nicht die richtige Ansicht vertritt. Das Oertmannsche Zitat sagt deutlich „als selbständiges .... oder unselbständiges Handeln erscheint." Klein (S. 59) faßt dies unrichtig, indem er sagt: „Die Vertretung ist jedenfalls nur insoweit möglich ... als der Vertreter in der Lage ist ..., die Handlung nach freiem Ermessen vorzunehmen". Oertmann stellt es schon in diesem Zitat, das durch die weitere Ausführung noch an Klarheit gewinnt, wesentlich auf das äußere Auftreten ab, während Klein die Entscheidungsmöglichkeit tatsächlich fordert.
53) Hier folgt er der oben S. 18 Anm. 35 als unrichtig erkannten Ansicht Bourriers.
54) So z. B. die S. 67 Abs. 2 erwähnten Fabrikarbeiter. Ihre Unselbständigkeit zeigt sich in ihrer Abhängigkeit und festen Einordnung in das Produktionsprogramm der Fabrik. So sind alle Arbeiter an zusammenhängenden Maschinenaggregaten Gehilfen, ebenso die Arbeiter am laufenden Band.
55) Seite 66.
56) Sie kann hier, wo nur die Konstruktion als solche interessiert, nicht näher untersucht werden.

daß bei der Verarbeitung stets der höchststufige Besitzer das Eigentum erwirbt, so ist dies nicht die Ursache, sondern Indiz des sich in dem Besitzmittlungsverhältnis ausdrückenden Fremderwerbswillens. Das zeigt sich schon in dem obigen Beispiel. Weil der Schneider seinen Willen, selbst Eigentümer des Anzugs zu werden, durch die Eigenverarbeitung betätigte, wurde er Eigentümer und zerbrach das Besitzmittlungsverhältnis. Ursache war also der durch die Tat geäußerte Wille des Unternehmers, für sich zu erwerben. Unmittelbare Folge war sowohl sein Eigentumserwerb als auch die Zerstörung des Besitzmittlungsverhältnisses.

Es enthält also diese Tatvertretung die beiden wesentlichen Merkmale der Stellvertretung, erstens den unmittelbaren und ursprünglichen Eintritt der Rechtsfolgen der Handlung des einen in der Person des andern, wie es Tasche selbst erkannt hat[57]), zweitens aber auch die Möglichkeit für den Mittler, durch sein willentliches Handeln die Rechtsfolgen zu bestimmen. Damit dürfte auch die Tatvertretung Tasches nicht eine Sondererscheinung darstellen, vielmehr zu der Stellvertretung des BGB in dem oben entwickelten Sinne gehören. Sie hat ihre auf die Besonderheiten des Tatbestandes zugeschnittenen Eigentümlichkeiten[58]), die ihr aber keinen Sondercharakter zu geben vermögen, da die Kriterien der Stellvertretung zu ihrem Wesen gehören.

II. Kapitel.

Der Besitzerwerb.

§ 5. Der Besitzerwerb, insbesondere der Besitzerwerbswille.

a) Der Besitz wird gemäß § 854 I BGB durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Deren Begriff hat das BGB nicht näher umschrieben, da der Gesetzgeber befürchtete, „die Vielgestaltigkeit der Innehabungsfälle[1])“ nicht in einer Formel zusammenfassen zu können. Die Richtigkeit dieser Auffassung hat die Wissenschaft in den folgenden

57) Seite 62.

58) Tasches Behauptung, der Arbeiter müßte seinen Eigenerwerbswillen in der Fabrik betätigen, ergibt kein Gegenargument. Denn wenn er in einem Betrieb die ihm aufgegebenen Arbeiten ausführt, so sprechen die Umstände so stark für den Fremdwillen, daß es eines verstärkten Hinweises auf den Eigenerwerb bedarf.

1) Motive III S. 80.

Jahren bestätigt[2]). Die tatsächliche Gewalt ist ein elementarer Begriff[3]). Sie läßt sich nicht analysieren. Man muß auf die sie erzeugenden Faktoren zurückgehen. Diese bildet das Leben in seiner Buntscheckigkeit, wie es sich auf Straßen und Märkten, in Fabriken und Handlungshäusern abspielt. Ob sich das Verhältnis einer Person zu einer Sache als tatsächliche Gewalt darstellt, ist daher nach dem gemeinen Bewußtsein, nach der jeweiligen Verkehrsanschauung zu beurteilen[4]), die wiederum, als eine Funktion des Lebens, dessen Vielgestaltigkeit in sich wiederspiegelt.

b) Ueber die Bedeutung des Urteils der Verkehrsanschauung gehen die Ansichten auseinander. Die Vertreter der einen[5]) Auffassung schreiben ihr eine konstitutive Wirkung zu. „Was der Kreis der Volksgenossenschaft als dem einzelnen zugehörig achtet, das hat man in seiner tatsächlichen Gewalt[6])." Wenn also ein Kohlenfuhrmann irrtümlich eine Karre Kohlen vor meinem Hause ablädt, so würde ich, da wegen der örtlichen Verhältnisse kein anderer in Frage kommt, Besitzer mit den gesamten öffentlich- und privatrechtlichen Rechten und Pflichten eines solchen sein. Die andere Meinung[7]) zieht die Verkehrsanschauung nur heran, um festzustellen, ob ein bestimmtes Raumverhältnis die Achtung und Anerkennung der betreffenden Individuen genießt und ob es damit dem Rechtssubjekt möglich ist, auf diese Weise die Sache zu beherrschen. Die Entscheidung über den Besitz überläßt sie der Person selbst, indem sie ihn von ihrem Willen abhängig macht. Diese beiden Ansichten sind die notwendige Folge der Entscheidung in der Streitfrage, die die Schlüsselstellung zu der ganzen Besitzlehre innehat, ob nämlich zum (BE) ein Willensmoment erforderlich ist oder nicht. Dieser Frage hat man[8]) verschiedentlich ihren juristischen Wert abgesprochen, jedoch dürfte neben der konstruktiven Bedeutung vor allen Dingen die Untersuchung, welche Wirkung dem Urteile der Verkehrsauffassung beizumessen ist, ihre Wichtigkeit zeigen. Dabei handelt

---

2) Wenn auch der Ansicht von Fuchs S. 7 die Richtigkeit nicht abgesprochen werden kann, daß es zweckmäßig gewesen sei, eine Grenze derart zu ziehen, daß dort keine tatsächliche Gewalt bestehe, wo sie erkennbar nicht gewollt sei.

3) Wolff § 5 III.

4) Wolff § 5 III u. d. Anm. 5 zitierten.

5) Rosenberg § 854 I, 1; Fuchs S. 12; so auch Biermann § 854 3b, z. B. der Mieter eines Kellers habe das irrtümlich in seiner Abwesenheit hineingebrachte Brennmaterial in seinem Besitz. Er sei gegen sein Wollen und Wissen Besitzer allein durch die räumliche Lage.

6) Rosenberg a.a.O.

7) Otto Gierke, SR. S. 212; vgl. auch Wolff § 5 III.

8) Rosenberg § 854 I, 2.

es sich heute nicht mehr um den im gemeinen Recht ausgetragenen Streit über den animus domini — dieser hat durch den § 854 I BGB sein Ende gefunden[9]) —, sondern im wesentlichen darum, ob zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt im § 854 I BGB überhaupt ein Wille erforderlich ist oder nicht[10]). Daher ist es möglich[16]), vor allem aber auch zweckmäßig[12]), diese Frage nur auf dem Boden des geltenden Rechts zu betrachten.

Die Fülle der Ansichten ordnet sich in zwei Hauptgruppen.

Innerhalb der einen, die die Notwendigkeit des Willens leugnet, wird die Auffassung, der Wille des Erwerbers sei beim BE gänzlich unbeachtlich, nur noch vereinzelt[13]) vertreten. Größer ist die Anzahl der Schriftsteller, die die Erheblichkeit eines Willens grundsätzlich verneinen, wenn das äußere räumliche Verhältnis eine Person unzweideutig als Besitzer ausweist, ihm aber dann Bedeutung zusprechen, wenn das Raumverhältnis einen klaren Schluß nicht zuläßt[14]). Als typische Mittelmeinung stellt sich die Ansicht dar[15]), die nur dem negativen Willen, dem Willen, nicht zu besitzen, Wirkung beimißt.

Die Vertreter der anderen Hauptgruppen bejahen grundsätzlich die Notwendigkeit eines Erwerbswillens. Sie sind sich darüber einig, daß

---

9) Wendt S. 4; Biermann § 854 3b. Dem animus domini entspricht der Wille des Eigenbesitzers in § 872 BGB.; vgl. unten S. 29, auch Sohm § 49 Anhang.

10) Bondy S. 356 hält diese Fragestellung für wenig glücklich. Es handele sich allein um eine Psychologie der Besitznormbefolgung, die juristisch irrelevant sei. Die Relevanz dieser Frage dürfte sich m. E. aber durch die obige Behandlung und ihre Beispiele, sowie die Untersuchung, ob der Besitzerwerb Naturtatsache oder notwendig Handlung ist, genügend erweisen.

11) vgl. Bruns S. 11. „Das römische und gemeine Recht haben heute in erster Linie nur historisches Interesse." (im Hinblick auf den BE.).

12) Przibilla S. 325.

13) Eger S. 6/7 kommt zu dieser Ansicht, weil der Wille, die tatsächliche Gewalt zu haben, ohne ein entsprechendes räumliches Verhältnis nicht genüge, um die tatsächliche Gewalt zu schaffen. Er schließt dann irrig, daß bei vorliegendem räumlichen Verhältnis ein entgegenstehender Wille unbeachtlich sei. Vgl. Hedemann zu RG in JW 25/784, der sich bewußt von der herrschenden Dogmatik ebenfalls stark entfernt.

14) Rosenberg § 854 I, 2; Strohal S. 67; ihm folgen Aravantinos S. 125; Biermann § 854 3b; Munscheidt S. 59; Cosmann S. 46 und Neumann § 854 2b. Fr. Leonhard S. 69/70; Eltzbacher S. 211; Kaemmerer S. 19; Türke, Niederführ, Winter § 854, 7; Thoma S. 19; Bochalli S. 49; Fuchs S. 26, 31; Bartels S. 654; Steman S. 44; Schindler S. 24; Bührig S. 55 ff.; Heß S. 65; Turnau-Förster S. 52; Oppenheim S. 36; Mathias § 3 S. 9—10, der sich durch § 911 zu der Ansicht verleiten läßt; Soergel § 854, 2 (unklar).

dieser, soweit ein gleichzeitiges Wissen[16]) des Erwerbers nicht vorliegt, nur generellen, also nicht auf die bestimmte Sache abzielenden Charakter zu haben braucht und daß er nur eine natürliche[17]), nicht rechtsgeschäftliche Willensfähigkeit[18]) erfordert, weil er auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt als einer Tatsache gerichtet ist. Im übrigen sind hier im wesentlichen drei Meinungen festzustellen. Die Vertreter der ersten[19]) lassen die Möglichkeit offen, daß doch wohl noch einzelne Fälle eines unwillentlichen Erwerbs möglich sind. Sie unterscheiden sich von der oben an dritter Stelle dargestellten Ansicht der ersten Hauptgruppe[20]) nur dadurch, daß sie den willentlichen Erwerb im Gegensatz zu jener als die Regel ansehen. Die Anhänger der zweiten Ansicht[21]) unterstellen den Willen als etwas Selbstverständliches in allen den Fällen, in welchen ein vernünftiger Mann gewöhnlich einen Besitzwillen haben wird. Richtig ist m. E. die dritte Auffassung, die verlangt, daß ein Besitzerwerbswille tatsächlich stets vorliegen muß[22]).

α) *αα*) Als Hauptargument für den willenlosen BE soll der § 911 BGB dienen[23]), der bestimmt, daß die Ueberfallfrüchte als Früchte des Grund-

---

15) Siméon § 87 II, 2; Crome § 347 II, 2 b; Kretschmar § 854, 3.

16) Dies ist nicht erforderlich. Vgl. Planck / 855, 4 a; Rosenberg § 855 V, 3; Endemann § 38, 1; Staudingger § 854, IV, 1; Dernburg § 20 II; Bruns S. 60; Thoma S. 59; Fischer-Henle § 854, 5; Otto Gierke, Pr. Re. II S. 229; Klein S. 16; Draganesco S. 63; auch wohl Wendt S. 11, 14; Kreß S. 145; a. A. nur Bartels S. 655.

17) Gegen den natürlichen Willen wendet Kaemmerer S. 20 Anm. 2 zu Unrecht ein, er entbehre der Klarheit; denn Wollen könnte auch ein Tier. Vgl. hiergegen Planck § 854, 2.

18) Endemann § 37 Anm. 25 bei der Besitzübertragung insofern abweichend, als er hier einen rechtsgeschäftlichen Willen, der auf die Besitzerlangung selbst gerichtet ist, fordert; in § 34 Ziff. 4 insofern, als er den Besitzerwerb von Geschäftsunfähigen ablehnt.

19) Götz S. 36/37; Achilles-Greiff § 854; v. Tuhr II S. 113; Manigk S. 663.

20) s. Anm. 15.

21) Staudinger § 854 I 2 b; Lehmann S. 69; Cosack, 1901 § 186 3 a + b, jedoch neuerdings aufgegeben, vgl. Cosack-Mitteis § 6 II.

22) Sie wird vertreten von: Wolff § 10 II; Kreß S. 137 ff.; Wendt S. 83; v. Gierke, SR. S. 212; Last S. 117; Bruns S. 56, 58, 43; Endemann § 34 Anm. 4; RGRK. § 854, 3; Planck § 854, 2; Frank Seite 14; Kohler S. 600; Sokolowski II S. 244, 322; Klein S. 16 Anm. 75; Cosack-Mitteis § 6 II; Stolz S. 22; Draganesco S. 65; Rohde XX S. 60; Berg S. 22; Colberg S. 32. RG 106, 135 „Aus dem Sachverhalt folgt nichts für den Willen des Beklagten, den Besitz auszuüben. Mangels jeglichen Beherrschungswillens kann von einem Besitz ... gar nicht die Rede sein.“ Przibilla S. 347 und 357; Landsberg S. 623; Bleugels S. 15 Anm. 1; Tasche S. 69; Eck S. 4; a. A. Leonhard in der Anmerkung.

23) Rosenberg § 854, 2 S. 26 u. a.

stückes „gelten" sollen, auf das sie gefallen sind. Mit dieser Norm kann man einen Beweis gegen die Notwendigkeit eines Erwerbswillens in den Regelfällen des § 854 I BGB nicht führen[24]. Der § 911 BGB steht unter dem Titel „Inhalt des Eigentums" und will in der Form einer Fiktion in erster Linie die Eigentumsverhältnisse an diesen Früchten regeln[25]. Da sie als Früchte des Grundstücks behandelt werden sollen, auf das sie fallen, hat man hinsichtlich des BEs die gleichen Grundsätze zur Anwendung zu bringen, die gelten würden, wenn der Baum tatsächlich auf dem Grundstücke des Erwerbers gestanden hätte[26]. Daher sind die Konstruktionen[27] überflüssig[28], die den Nachweis eines Erwerbswillens auch für diese Fälle zu erbringen versuchen.

ββ) Weiterhin haben die Vertreter der ersten Hauptgruppe den § 857 BGB als Beweismittel verwandt[29]. Sie weisen darauf hin, der Besitz gehe auf den Erben über, ohne daß dieser einen entsprechenden Willen gefaßt oder geäußert zu haben brauche. Auch diese Bestimmung ist als Argument ungeeignet, denn durch sie wird dem Erben nur die rechtliche Stellung eines Besitzers eingeräumt. Er wird so behandelt, als habe er die tatsächliche Gewalt[30]. Diese Regelung traf man nicht einmal in erster Linie des Besitzes wegen. Der Besitz diente nur als Mittel, um mit Hilfe des § 935 BGB zu verhüten, daß durch gutgläubigen Erwerb Dritter dem Erben die Erbmasse entzogen würde; daher haftet der gutgläubige Erbschaftsbesitzer gemäß § 2025 BGB auch erst dann wegen verbotener Eigenmacht, wenn der Erbe „den Besitz der Sache bereits tatsächlich ergriffen hat." Weil also dem Erbbesitzer des § 857 BGB die tatsächliche Gewalt fehlt, kann diese Bestimmung nicht als Beweismittel für die Bedeutungslosigkeit des Willens bei ihrem Erwerb dienen.

---

24) Raape S. 46; Frank S. 58; Colberg S. 72; Stolz S. 21; RGRK § 854, 3; vgl. vor allem Wendt S. 10.

25) Wolff § 54 II; Staudinger § 911, 1 b; Frank S. 58; Colberg S. 293.

26) Vgl. unten S. 30, Anm. 43; auch Wendt S. 10.

27) z. B. von Frank, der glaubt, der Grundstücksbesitzer wolle die Früchte gerade als Aequivalent für die Lichtentziehung durch den Baum besitzen, oder Rotering S. 98, der das Grundstück als eine von Gesetzes wegen empfangsoffene Räumlichkeit ansieht, mit der der Grundstücksbesitzer Besitz an den Früchten erwerben wolle.

28) So auch Colberg S. 72, Stolz S .22.

29) Fuchs S. 30; Rosenberg § 854, 2.

30) RGRK § 857, 1; § 854, 3; § 2025, 5; § 2027, 3; Staudinger § 857 I, 1 u. d. d. Zit.; Biermann § 857 I b; vgl. Rosenberg § 857 III, 2 (a. A.).

γγ) Auch auf die Entstehungsgeschichte des § 854 I BGB haben sich die Vertreter[31]) des willenlosen Erwerbs zur Stützung ihrer Ansicht berufen. Als Beweismittel dient ihnen vor allen Dingen die Tatsache, daß die zweite Kommission den im § 797 E I neben der Erlangung der tatsächlichen Gewalt (Innehabung) geforderten „Willen des Inhabers, die Sache als die seine zu besitzen" gestrichen hat. Dies geschah aber unter der gleichzeitigen Veränderung der Terminologie. Der E. I verwandte die Begriffe Innehabung und Besitz; an deren Stelle setzte der E. II Besitz und Eigenbesitz[32]) [33]). Hinsichtlich der Innehabung, dem heutigen Besitz, erklären die Motive[34]), der Wissenschaft die Untersuchung zu überlassen, ob auch bei der zur Innehabung erforderlichen tatsächlichen Gewalt ein Willensmoment festgestellt werden könne[35]). Da dem Besitz des BGB derselbe Begriff der tatsächlichen Gewalt zu Grunde liegt, ist dieser Nachweis auch heute noch möglich. Die Protokolle und die Denkschrift nehmen zu unserer Streitfrage keine klare Stellung, denn sie erwähnen nur einen rechtsgeschäftlichen Willen und lehnen[36]) den mit Recht ab. Die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes hat nicht die Bedeutung einer authentischen Interpretation. Sie besitzt nur wissenschaftlichen Wert[37]). Da sie die vorliegende Frage aber nicht eindeutig entscheidet, erübrigt es sich, auf sie näher einzugehen; zumal sich aus dem Gesetze selbst, wie wir unten[38]) sehen werden, die Notwendigkeit eines Besitzwillens klar ergibt. Bei dieser Sachlage können etwaige Zweifel der Gesetzesverfasser, die in den Materialien zum Ausdruck gekommen sind, keine Beachtung mehr finden, denn ein Gesetz ist grundsätzlich nach dem Sinne seines Wortlauts so, wie es Gesetz geworden ist, auszulegen.

---

31) Vor allem Biermann § 854, 3a. Ihm folgt Auerbach, während selbst Rosenberg, § 854, 2 anerkennt, daß aus der Entstehungsgeschichte ein Beweis nicht erbracht werden kann. So auch Kreß S. 146; Stemann S. 44.

32) Wendt S. 83; Klein S. 99, 179; ausführlich Burghoff S. 11 ff.

33) Der Eigenbesitz erfordert ja auch nach dem BGB (§ 872) den oben erwähnten Willen des Besitzers, „die Sache als ihm gehörend" zu besitzen.

34) III S. 81.

35) Das übersieht Biermann § 854 3a.

36) Denkschrift S. 109. Um Kindern und Geisteskranken den Besitzschutz nicht versagen zu müssen, wollte man einen rechtsgeschäftlichen Willen nicht fordern. Die übrigen dort genannten Fälle, z. B. ob der Schlafende an den ihm zugesteckten Sachen Besitz erwürbe, sind auch noch heute streitig. Vgl. Planck § 854, 2. M. E. ist allein mit Hilfe des Besitzwillens hier eine befriedigende Lösung zu finden. Vgl. unten S. 42 ff.

37) Wendt S. 83.

38) s. S. 33.

δδ) Im übrigen soll eine Reihe von Fällen dazu dienen, die Notwendigkeit eines BEs ohne Willen darzutun. Auf die große Zahl der Beispiele Strohals[39]) und Knieps[40]) kann hier nicht eingegangen werden[41]). Rosenberg[42]), der als letzter den willenlosen BE vertreten hat, glaubt, die Unerheblichkeit des BWs durch den Fall nachgewiesen zu haben, daß ich ohne meinen Willen Besitzer der von meiner Hündin geworfenen Jungen würde, mit denen sie mich sogar sehr gegen meinen Willen beglückt. Ihm dürfte aber entgegenzuhalten sein, daß ich ebenso, wie ich Besitzer der Aepfel auf meinem Baume bin, auch die noch ungeworfenen Hunde mit der Hündin schon in meinem Besitz hatte. Durch die Teilung entstehen zwar neue Sachen, aber diese wie die alte bleiben in meinem Besitze[43]).

Die praktische Bedeutung der Verneinung des BWs soll nach Ansicht Rosenbergs[44]) darin beruhen, daß in Besitzstreitigkeiten der Wille niemals zu beweisen ist, wenn schon die äußere Sachlage die tatsächliche Gewalt erkennen läßt. Diese Tatsache dürfte sich aber schon unmittelbar aus dem Gesetz ergeben. Denn da der Erwerb allein an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt geknüpft ist, braucht, „wer die Rechtsstellung und den Schutz eines Besitzers beansprucht, bloß die Verwirklichung seiner Sachherrschaft in ihrem äußeren Tatbestande zu beweisen[45]).“ Wie bei der Willenserklärung der Mangel des Erfolgswillens so gehört auch hier das Fehlen des BWs zu den rechtshindernden Momenten[46]). Der äußere Zustand, die Erklärung wie die Lagerung der Sache zur Person sprechen für den durch sie Ausgezeichneten.

β) Die Vertreter des willenlosen BEs sind überdies auf falschem Wege, wenn sie allein mit diesen Mitteln die Unerheblichkeit des Willensmomentes nachweisen wollen. Da die tatsächliche Gewalt eine Funktion der Verkehrsanschauung ist, hat eine Untersuchung über die Notwendigkeit eines

39) S. 68, 72.
40) S. 94 ff.
41) Ueber sie vgl. Stolz S. 24 ff. Eingehend wiederlegt werden Strohal und Kniep von Kreß S. 147; Wendt S. 14; RG 106, 135; ihm folgt Bleugels S. 14/15. Gegen die Beispiele Cosacks und Croems: Planck § 853, 2. Vgl. auch unten S. 42 ff.
42) § 854, 2 Abs. 6.
43) vgl. Kreß S. 147, der für Pflanzen-Früchte denselben Standpunkt vertritt, aber für die Tierjungen einen generellen Erwerbswillen als stets vorliegend erachtet. M. E. dürfte hier ein juristischer Unterschied nicht bestehen. vgl. § 99 BGB.
44) § 854, I, 1c S. 27.
45) Endemann § 34 1b.
46) vgl. oben S. 15 Anm. 23.

Willens zu ihrem Erwerb zwangsläufig von der Betrachtung der Anschauungen auszugehen, wie sie zur Zeit[47]) in unserem Volke herrschen.

αα) Richtig ist, daß „die moralische und ethische Erziehung, bestärkt durch den Einfluß strafrechtlicher Normen und der gegen Eingriffe in fremde Machtsphären gerichteten Rechtsmittel des Zivilrechts dem Durchschnittsmenschen eine Scheu vor der Verletzung fremder Rechtsverhältnisse und damit eine Achtung vor fremdem Besitz eingeflößt haben, die auch solche Sachen, welche nicht unter unmittelbarer körperlicher Gewalt der Mitmenschen stehen, als diesen gehörig und demgemäß unantastbar erscheinen lassen[48])." Irrig ist aber die Ansicht, daß diese „Anerkennung der Volksgenossen" das tatsächliche Verhältnis zur wahren Sachherrschaft erhebe[49]). Denn die Anerkennung der Volksgenossen ist nicht das konstitutive Element. Sie ist lediglich Voraussetzung, ermöglicht dem Besitzer, auf diese immaterielle Art die Sache zu beherrschen. Diese Meinung entspricht der Auffassung des täglichen Lebens. Was die gemeine Lebensanschauung achtet, ist nicht das räumliche Verhältnis einer Sache zu einer Person, sondern der hinter dieser tatsächlichen Beziehung vermutete, sich in ihr wiederspiegelnde Wille des Subjekts[50]). Man sagt nicht, wenn man ein räumliches Verhältnis entdeckt, das die Möglichkeit der Beherrschung einer Sache durch eine Person zuläßt, gleichsam abstimmend, als ein Mann des Umstands, „der A besitzt diese Sache[51])", sondern wir fragen, „ob er sie wohl besitzen will". „Das will er sicher haben." Man fragt, wenn man ungewiß ist: „willst du es haben?, nicht: „willst du es behalten"? — dies hat einen anderen Sinn — wie man fragen müßte, wenn man die räumliche Beziehung von Person und Sache als konstitutives Moment der tatsächlichen Gewalt betrachten könnte.

Aus alledem ergibt sich, die heutige Verkehrsanschauung achtet allein den auf Grund einer tatsächlichen Beziehung von Person und Sache vermuteten[52]) Willen[53]) eines Rechtssubjekts, die Sache zu beherrschen. Es

47) Fuchs S. 12.

48) Fuchs, ebenda, jedoch dem Sinne nach alle Vertreter des nichtwillentlichen BEs.

49) Fuchs a. a. O.

50) Kreß S. 145. „Die Achtung des Verkehrs, auf welcher der Besitzbegriff beruht, gilt nicht dem räumlichen Verhältnis, sondern dem Willen des Besitzers." vgl. auch Sokolowski S. 247 Anm. 455.

51) Gleichsam als ob man seine Stimme dafür abgäbe, er solle sie besitzen.

52) vgl. Cosack-Mitteis § 6 unter Bezugnahme auf Goldschmidt, „Der Besitz macht Anleihen beim Recht."

53) dem Sinne nach entsprechend Berg S. 22; Kreß S. 133, 147; Colberg

ist daher eine solche Erkennbarkeit[54]) zu fordern, die einen Mann, der darauf achtet, sehen läßt, daß die Sache sich in jemandes Besitz befindet[55]). Denn sonst kann die Achtung der Mitmenschen vor fremdem Recht nicht entstehen. Nicht nötig ist die Offenkundigkeit der räumlichen Beziehung zu einer bestimmten Person[56]), da die Anerkennung auf dem vermuteten Beherrschungswillen als solchem, nicht aber auf dem eines bestimmten Menschen beruht.

Ob nun das des vermuteten Willens wegen geachtete Raumverhältnis sich als tatsächliche Gewalt darstellt, hängt von der Existenz eines dem Raumverhältnis entsprechenden Willens ab[57]). Ihn vermag nur „das geistige Auge[58])" zu erkennen. Es allein kann durchschauen, ob ein Wille und ein wie gearteter Wille hinter der tatsächlichen Beziehung steht. Aus diesen Gründen wird die Feststellung, ob jemand Besitzer einer Sache ist, oft das Ergebnis komplizierter Denkfähigkeit sein. Zu welch einem widerspruchsvollen Ergebnis gelangt aber Rosenberg und mit ihm alle Anhänger der Ansicht, daß ein BE auch ohne Willen möglich sei! Da ihnen ein anderes Kriterium fehlt, müssen sie der Verkehrsanschauung konstitutive Wirkung beimessen, anstatt ihr lediglich die Feststellung zu entnehmen, die sie tatsächlich zu geben vermag, ob ein gewisses räumliches Verhältnis sich der Achtung der Verkehrsgenossen erfreut. So kommt denn Rosenberg zu dem Schluß, daß ein „Verkehrsgebilde", „ein Produkt der Lebens- und Verkehrsgemeinschaft", daß die „lebendige Lebensanschauung[59])" meistens das Ergebnis schwieriger, geistiger Erwägungen sei und oft nur aus Tatsachen, die in der Vergangenheit liegen, gewonnen

---

S. 32. „Die Verkehrsanschauung spricht nur dem die tatsächliche Gewalt zu, der sie haben will." Aber auch hier ist m. E. die Verkehrsauffassung noch zu sehr als zuteilender, nicht als anerkennender Faktor gewürdigt.

54) Vgl. Gierke, SR. S. 212, 228.

55) Vgl. RGRK. § 854.

56) Vgl. Wolff § 5 III, 2.

57) Denn die tatsächliche Gewalt ist kein bloßer physischer Zustand wie das corpus der Römer, sondern nach unserer modernen Auffassung „die Aeußerung eines anerkannten Willens" (Sokolowski S. 244). Sie wird von der Gemeinschaft nur dann als soziales Machtverhältnis anerkannt, wenn „Antritt und Aufrichtung der Herrschaft als der Ausdruck der freien Beschäftigung eines Verkehrsfähigen erscheinen" (Endemann II S. 13). „In dem Ergreifen und Behaupten der Gewalt zeigt sich die Vergegenständlichung der Persönlichkeit" (ders. S. 97). „Besitz ist gewollte Gewalt oder Herrschaft" (Bruns in Holtzend. Encycl. 5. Aufl. S. 4) ist „das in die Außenwelt projizierte Habenwollen einer Sache" (Oertmann, Grünhuts Z. 20/202).

58) Gierke, SR. S. 212. Zu Unrecht beruft sich Biermann § 854, 2 auf ihn.

59) Rosenberg § 854 I, 1.

werden könne[60]). Wie kann die lebendige Lebensanschauung das Ergebnis geistiger Erwägungen am grünen Tisch sein? Lebensanschauung in diesem Sinne ist Gefühl. Verkehrsanschauung ist das auf gemeinsamem Gefühl der Mehrzahl der sie bildenden Personen beruhenden Rechtsempfinden, niemals aber das Produkt geistiger Erwägungen. Diese stellt der Richter an, nachdem er als Voraussetzung die Anerkennung des tatsächlichen Verhältnisses in dem Leben dieser Leute an diesem Orte festgestellt hat. Fehlt die Anerkennung, dann bedarf es gar keiner Denkarbeit mehr, dann mangelt dem gewünschten Besitz jede Grundlage.

$\beta\beta$) Auch aus dem Gesetz heraus läßt sich die Notwendigkeit eines Besitzerwerbswillens beweisen.

Hierfür sprechen vor allem die §§ 867 und 1005 BGB[61]). Aus § 867 erhellt, daß eine Sache nicht ohne mein Zutun schon dadurch in meinen Besitz kommt, daß sie aus der Gewalt des Besitzers auf mein Grundstück gelangt. Ich erwerbe erst dann den Besitz an ihr, wenn ich meinen entsprechenden Willen durch mein Verhalten kundgetan habe. Wirft z. B. ein Junge seinen Ball, weil er ihm nicht mehr gefällt, in den Garten des E, der mit einer hohen Mauer umgeben ist, und liegt nun dieser Ball zwischen den Spielsachen von dessen Kindern, so würde „das äußere Verhältnis unzweifelhaft den E als Besitzer aufzeigen. Die tatsächliche Gewalt müßte auch bei allen anderen Personen, namentlich dem derelinquierenden Jungen verneint werden[62])." Dennoch ist E nicht Besitzer des Balles, obwohl er es nach der Ansicht Rosenbergs sein müßte. Angenommen dieser Ball sei den Kindern des E gestohlen, dem Jungen von dem Dieb geschenkt worden und der übrige Sachverhalt der gleiche, so würde sogar „die räumliche Lage mit der Rechtslage nicht im Widerspruch stehen, der E auch als Besitzer angesehen werden[62])." Dennoch ist er es nicht. Er wird in beiden Fällen erst dann zum Besitzer, wenn er seinen Erwerbswillen äußert, z. B. durch Ansichnehmen oder sonstwie[63]).

$\gamma\gamma$) Ein weiteres Beweismittel für die Notwendigkeit eines BWs bildet der Satz, daß niemandem gegen seinen Willen ein mit Vorteilen und

60) Rosenberg, § 854 I 1e.
61) RGRK. § 854, 3, vgl. auch RG in JW 1925, 784.
62) Rosenberg § 854 I, 2 S. 26; Kriterien für den BE ohne Willen.
63) Fuchs S. 31 befindet sich, wenn er das Verhältnis nach § 867 BGB nicht als tatsächliche Gewalt anerkennen will, im Widerspruch zu der sonst von ihm vertretenen Ansicht.

Pflichten verbundenes Recht aufgedrängt werden kann[64]). Das würde aber der Fall sein, wenn ich durch das Gemeinbewußtsein meiner Mitmenschen zum Besitzer eines Gegenstandes gemacht würde, da ich als solcher für die Klagen aus den §§ 985 ff. und aus dem § 1007 BGB passiv legitimiert sein würde.

Um dieser unangenehmen Haftung zu entgehen, die wegen ihrer offenbaren Unbilligkeit die Unrichtigkeit der gegnerischen Auffassung klar zeigen würde, und um auch nicht in Widerspruch zu geraten zu dem vorstehenden von ihm selbst als richtig anerkannten Satze, sucht Rosenberg[65]) nach einem Ausweg. Er glaubt, den Personen, die nach seiner Ansicht selbst gegen ihren Willen zu Besitzern geworden seien, mit den §§ 867, 1005 BGB helfen zu können. Dabei folgt er der Ansicht der Schriftsteller[66]), die wie er die Notwendigkeit eines Willensmomentes für den BE. leugnen. Sie stellen zu den §§ 867, 1005 BGB die Behauptung auf, allein der willentliche Erwerb schließe die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen aus. Nur die Personen, die auf Grund ihres Willens den Besitz erlangt hätten, seien der starken Haftung der §§ 985 ff. (1007, 1065, 1227) BGB preisgegeben, während derjenige, der ihn ohne seinen Willen auf Grund der Verkehrsauffassung erworben habe, bloß gemäß § 867 BGB verpflichtet sei, dem früheren Besitzer die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten. Somit werden die Gegner des willentlichen BEs gezwungen, um mit ihrer Ansicht zu einem praktisch brauchbaren Ergebnis zu gelangen, sowohl von den §§ 867, 1005 BGB, wie von allen den Bestimmungen, die die Passivlegitimation an den Besitz einer Sache binden, wie §§ 985, 1007 BGB für den Besitzer ohne Willen eine Ausnahme zu machen. Dies steht zu den betreffenden Bestimmungen im schärfsten Gegensatz.

Mit dem § 867 BGB und demgemäß mit § 1005 BGB läßt sich diese Auffassung nicht vereinbaren. Das Gesetz geht davon aus, daß derjenige, dessen Sache aus seiner Gewalt auf das Grundstück eines anderen gelangt ist, sie gemäß § 856 II BGB regelmäßig in seinem Besitze behält[67]). Da der Besitzer des Grundstücks nach der gegnerischen Auffassung den Besitz an dieser Sache sogleich erwürbe,

64) Endemann § 34 A. 12; Kreß S. 147; RGRK § 854, 3.
65) § 854 I, 2 S. 27; § 867 IV, 1c. So auch Kniep S. 97 u.
66) vgl. Rosenberg § 867 IV, 1 und d. d. Zit.
67) Wolff, § 29 III 1.

entstände jetzt also ein Doppelbesitz. Man müßte beide als Mitbesitzer ansehen; ein neuartiges, unbrauchbares Resultat, das mit dem § 867 BGB in Widerspruch steht. Der Grundstücksbesitzer kann ohne sein Zutun nicht Besitzer der Sache geworden sein, denn er könnte dann die sich schon in seinem Besitz befindliche Sache nicht nochmals „in Besitz nehmen“, wie es der § 867 BGB vorsieht[68]). Um dieses Argument zu entkräften, beruft sich Rosenberg[69]) darauf, daß der Erbbesitzer die Sache ebenfalls noch tatsächlich ergreifen könne (§§ 2025 und 2027 BGB), obwohl er schon Besitzer sei. Dieser Einwand kann für die gegnerische Ansicht gar nichts beweisen. Denn während der Grundstücksbesitzer im Falle des § 867 BGB den Besitz der Sache doch gerade deswegen haben soll, weil er auf Grund der Verkehrsanschauung die tatsächliche Gewalt schon innehat, fehlt diese dem Erbbesitzer des § 857 BGB. Er nimmt nur die rechtliche Stellung[70]) eines Besitzers ein, die er durch die tatsächliche Inbesitznahme zu einer wahren, auf der tatsächlichen Gewalt beruhenden Besitzstellung im Sinne des § 854 I verdichten kann.

Noch willkürlicher erscheint die Ausnahme hinsichtlich der §§ 985 und 1007 BGB. Das Gesetz sagt, „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen“ und läßt den Besitzer[73]) nach den §§ 987—993 haften. Dabei ist es dem Gesetz ganz gleich, auf welche Weise jemand Besitzer geworden ist. Im Einklang mit dem obigen Satze geht es davon aus, daß ihm der Besitz nicht gegen seinen Willen aufgedrängt werden kann. Diese klare Bestimmung des § 985 BGB bildet insofern eine Ergänzung zur Besitzlehre, als sie jeden[73]) Besitzer mit der Passivlegitimation belastet. Gegen die gegnerische Ansicht bestehen schon bei der Besitzlehre selbst erhebliche Bedenken. Hier wächst sich die Folge zu einer Unmöglichkeit aus. Ein Zeichen dafür, daß das Gesetz diese Personen nicht als Besitzer ansieht.

Die §§ 867, 1005 sowie die §§ 985, 1007 BGB zeigen deutlich, daß es nur eine einheitliche Art von Besitzern gibt, nicht solche, die es gegen, ohne oder mit ihrem Willen geworden sind. Die Konstruktion Rosenbergs ist in Wahrheit nichts anderes als eine versuchte Restaurierung der Unterscheidung Dernburgs[71]) zwischen vollkommenem (gewolltem) und unvollkommenem Besitz, die von der Wissenschaft einmütig[72]) ab-

68) So auch Rohde II S. 84.
69) Rosenberg 867, IV 1c a. E. gegen Rohde a. a. O.
70) vgl. RGRK § 854, 3; Staudinger § 857 I, 4.
71) Dernburg Bd. 3 § 17.
72) vgl. Planck § 854, 2 Abs. 4; Wendt S. 6.

gelehnt worden ist. Die Auslegung der §§ 867 und 1005 BGB kann daher die erhoffte Hilfe nicht bringen. Die Vertreter des nichtwillentlichen Besitzerwerbs werden somit zu der notwendigen Folgerung gedrängt, daß auch der angeblich ohne oder gegen seinen Willen zum Besitzer gewordene der starken Haftung der §§ 985 ff. BGB ausgesetzt ist. Hiermit würden sie aber gegen den obigen von ihnen selbst als richtig erkannten Grundsatz verstoßen. Die starke Haftung zeigt auch offen die Unmöglichkeit ihrer Auffassung, denjenigen, der einen BWn nicht geäußert hat, als Besitzer anzusehen.

δδ) Die Anhänger der gegnerischen Auffassung haben sich endlich auf den Wortlaut des § 854 I BGB berufen. Die Nennung der tatsächlichen Gewalt als alleiniges Kennzeichen des Besitzes geschah aber, um den Besitz dem Eigentum gegenüber in seiner Besonderheit hervortreten zu lassen. Dem „rechtlichen Gehören sollte das tatsächliche Haben gegenüberstehen[74]." Der Wortlaut des § 854 BGB ist an sich neutral[75]). Man hat allerdings aus dem Sinn des Wortes „erlangen" ein Willensmoment schließen wollen, da man nur „erlangen könne, wonach man gelangt habe[76])." Desgleichen hat man aus dem „Besitz aufgeben" im Gegensatz zu dem „in anderer Weise verlieren" im § 856 ein Willensmoment für die Aufgabe und entsprechend für den Erwerb erkennen wollen[77]) [78]). Eine Wortauslegung ist an sich schon kein gutes juristisches Beweismittel, hier aber umsoweniger, als das Wort „erlangen" im BGB — allerdings nicht im Zusammenhang mit dem Besitz — auch in einem rein objektiven Sinne gebraucht wird[79]). Obwohl wir der Meinung sind, daß

---

73) Eine Ausnahme bildet allein der Erbschaftsbesitzer, dessen Haftung durch die §§ 2018 ff. BGB gemildert ist.

74) Wendt S. 13.

75) Wendt S. 12, so auch Rosenberg § 854, 2 Abs. 3: „Die Nichterwähnung des BWs in § 854 I steht der Annahme seiner Notwendigkeit nicht entgegen.

76) So Gierke, Fahrnisbesitz, S. 4 Anm. 4; auch Bekker S. 33, 34, der ein Willensmoment verneint, erkennt diese Auslegung als Beweismittel für den BW an; Planck § 854, 3 Abs. 3; Frank S. 14, Colberg S. 39; Wendt S. 12: Erlangen, Ausüben, Aufgeben seien Handlungen, zu denen Wollen und Wissen gehören.

77) Colberg S. 35.

78) Vgl. auch Stolz S. 22, der aus der Gegenüberstellung von Ausübung und Erwerb der tatsächlichen Gewalt wohl nicht ganz ohne Grund auf ein Willensmoment schließt.

79) So in §§ 3, 21 BGB „Erlangen der Rechtsfähigkeit", §§ 121, 318, 532 „Erlangen der Kenntnis", §§ 1719, 1736, 1757, 2053 BGB „Erlangung der rechtlichen Stellung eines ehelichen Kindes." Hierauf weist Rosenberg § 854, 2

die Untersuchungen Endemanns[80]) für die Notwendigkeit eines Willensmomentes sprechen, glauben wir auf sie doch als Beweismittel verzichten zu können, da durch schwerwiegendere Gründe die Richtigkeit unserer Ansicht schon erwiesen sein dürfte.

γ) Das Willensmoment hat nicht nur negative, den BE verhindernde Wirkung[81]), es ist positiv erforderlich. Dies zeigt sich schon darin, daß die Verkehrsanschauung das zwischen Rechtssubjekt und Sache bestehende Raumverhältnis wegen des vermuteten Willens eines Rechtssubjektes achtet[82]). Es kommt aber auch beim Besitzschutz[83]) zum Ausdruck. Das Gesetz schützt nicht das Raumverhältnis an sich, sondern nur ein solches, das durch einen Herrschaftswillen beseelt ist. Denn an der gleichbleibenden Lagerung fremder Sachen zur Person hat das Privatrecht[84]) kein Interesse. Es will, um die Friedensordnung zu schützen, dem Herrschaftswillen des Rechtssubjekts an den Sachen Geltung verschaffen, da der Rechtsfrieden — soweit er das Privatrecht angeht — nur in der Person des einzelnen, nicht durch Einwirkung auf die Sachen an sich gestört werden kann[85]). Diesen Herrschaftswillen muß der Besitzerwerber äußern. Wo ein solcher Wille fehlt, besteht auch kein Besitzschutz.

Der hiergegen erhobene Einwand, der Wille sei wohl zur Anrufung des Besitzschutzes, nicht aber zum Erwerb des Besitzes erforderlich[86]), kann nichts beweisen, da er zwei unabhängig voneinander bestehende Tatsachen miteinander in Verbindung bringt. Ob ich Besitzschutz genieße oder den Besitzschutz geltend mache, ist etwas verschiedenes. Zu bei-

Abs. 7 gegenüber Endemann hin. Jedoch dürfte der Endemannschen Ansicht trotzdem zuzustimmen sein, der durch eingehende Untersuchung festgestellt hat, (II, § 34, 1 b Anm. 4) daß alle Ausdrücke, mit denen der BE dargestellt wird — wie an sich nehmen, ergreifen, sich verschaffen, übertragen —, ein Willensmoment enthalten; daß weiter an allen Stellen, in denen der Ausdruck „Erlangen des Besitzes" zu finden ist, dieses Wort in demselben willentlichen Sinne gebraucht wird und es keine Bestimmung gibt, in der der Ausdruck „Erlangen des Besitzes" als rein objektiver Vorgang verstanden werden kann; daß auch sonst im BGB in der überwiegenden Mehrzahl mit Ausnahme lediglich der obigen Stellen das Wort „Erlangen" in einem willentlichen Sinne gebraucht ist.

80) vgl. Anm. 3.

81) Wie ein Teil der Anhänger des nichtwillentlichen Besitzerwerbs behauptet. Vgl. oben S. 27 Anm. 15.

82) siehe oben S. 32.

83) Bruns S. 56, 58; Wolff § 10 II; Endemann § 34, 2; Hellmann zu Bruns S. 108.

84) Soweit Interesse an einem solchen Schutz überhaupt besteht, wird es durch das öffentliche (Polizei-)Recht wahrgenommen. Bruns a. a. O.

85) vgl. Bruns a. a. O.

86) Siber S. 133.

dem ist ein Wille erforderlich. Der Besitzschutz gehört notwendig zum Wesen des Besitzes, da der Besitz die mit Rechtsschutz versehene Innehabung ist. In den Genuß des Besitzschutzes komme ich durch den Erwerb des Besitzes, zu dem mein Wille erforderlich ist. Ob ich den mir nunmehr zustehenden Besitzschutz ausüben will, indem ich dem auf frischer Tat betroffenen Diebe die Sache wegnehme, oder meine Besitzerrechte im Wege des Prozesses geltend mache, ist eine sekundäre, mit dem Erwerb des Besitzes nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehende Frage.

δ) Die oben erwähnte Ansicht[87]), in jedem schutzbedürftigen äußeren Machtverhältnis über eine Sache werde vom Gesetz ein dementsprechender Wille als etwas Selbstverständliches unterstellt, daher sei das Fehlen des Willens im Einzelfalle eine „irrelevante Ausnahme", der BE ohne Willen aber keineswegs ausgeschlossen[88]), ist in ihrer Prämisse richtig, in ihrem Schluß aber unbegründet. Richtig ist die Voraussetzung insofern, als ein klares Raumverhältnis für das hierdurch ausgezeichnete Rechtssubjekt die Vermutung aufstellt, daß es auch den dieser räumlichen Beziehung entsprechenden Willen betätigt habe. Unrichtig ist der Schluß, der Wille sei irrelevant, den man aus der Beobachtung gezogen hat, daß der Richter zuweilen auf Grund dieser Vermutung einen Willen und damit einen Besitztatbestand als vorliegend erachtet, obwohl er nicht bestanden hat. Denn die Anhänger dieser Ansicht wollen aus einer Prozeßregel, die der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnis ihr Dasein verdankt, auf das materielle Recht schließen, indem sie gerade die Ausnahmefälle als Argumente herausgreifen, die auf einem Irrtum der richterlichen Erkenntnis beruhen, weil dem Richter das „geistige Auge" fehlt und er nur von der äußeren Erscheinung der Dinge auf den sie leitenden Willen schließen kann. Zu einem rechtsgültigen Besitzwillen ist ein innerer psychologischer Vorgang — die Willensbildung — und eine Aeußerung in einer Handlung erforderlich. Ob ein Verhalten des Besitzerwerbs auf einer solchen Willensbildung beruht, ist für einen Menschen nicht mit absoluter Sicherheit erkennbar. Er muß mit Hilfe von Erscheinungen der Außenwelt, z. B. der Besitzerwerbshandlungen oder auch der Lagerung der Sache zur Person, auf den Willensvorgang schließen, der im Innern des Erwerbers stattgefunden hat. Daß bei einem solchen Schluß Irrtümer unvermeidlich sind, kann dem Willen die Bedeutung nicht nehmen. Die

87) vgl. oben S. 26 Anm. 21.
88) Staudinger § 854 I, 2 d.

Fehlerquelle liegt allein in der mangelhaften menschlichen Erkenntnisfähigkeit. Sie rechtfertigt aber nicht, aus dem Mangel des Prozeßverfahrens die Unerheblichkeit der materiellen Regelung zu folgern[89]).

Der Einwand[90]), daß in diesen Ausnahmefällen, in denen ein Besitzwille fehlt, auch ein Besitzschutz nicht beansprucht würde, und daß sich in dem evtl. Schutzbegehren der Wille äußere, ist irreführend. Wie oben dargelegt wurde, kommt es nicht darauf an, ob der einzelne den Besitzschutz beansprucht, sondern darauf, ob er ihn genießt. Darüber hinaus kann sich der Wille in dem Schutzbegehren nur dann äußern, wenn der angebliche Besitzer die Rolle des Beklagten hat, nicht aber dann, wenn er als Kläger auftritt und ihm jegliche tatsächliche Gewalt fehlt. So lag z. B. auf dem offenen Grundstück des A lange Zeit ein alter herrenloser Kessel, den er nicht haben wollte. B erkannte ihn als wertvoll und nahm ihn an sich. Wenn jetzt der A den B mit der Behauptung verklagt, er habe den Kessel längst okkupiert, so kommt es allein darauf an, ob der A, bevor der Kessel durch B in Besitz genommen worden ist, den Besitzbegründungswillen geäußert hat. Die jetzige Kundgabe ist ohne Wirkung, da dem A die tatsächliche Gewalt über die Sache fehlt und der Kessel nicht mehr herrenlos ist.

ζ) Hiermit haben wir bisher festgestellt, daß der Erwerb des Besitzes gemäß § 854 I BGB einen generellen, natürlichen, nämlich auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willen erfordert. Dieser BW ist seiner Natur nach in dem Sinne näher zu umschreiben, daß er ein Verhältnis von einer gewissen Dauer und Festigkeit zwischen Subjekt und Sache zu schaffen erstrebt, denn hierdurch wird das Entstehen einer tatsächlichen Gewalt bedingt[91]). Der BW ist also mehr als das auf bloße körperliche Berührung abzielende Wollen, das auch derjenige hat, der eine auf der Straße liegende herrenlose Sache aufhebt, um sie zu betrachten, sie dann wieder fortlegt und trotzdem nicht Besitzer geworden ist. Er ist nicht nur ein unmittelbarer[92]), d. h. auf die Körperbewegung gerichteter Wille, sondern hat die Natur eines mittelbaren[92]) Wollens, das mit der Absicht verbunden ist, einen Dauerzustand zu schaffen[93]).

---

89) Vgl. unten S. 53 Anm. 31.
90) Staudinger § 854 I 2 b.
91) Wolff § 5 III, 1.
92) Ueber diese Unterscheidung vgl. Manigk, WE. S. 435.
93) Manigk, WE., S. 422, Die Gleichstellung, rechtlich erhebliche Absicht =

§ 6. Der Besitzerwerb als Handlung.

a) Der Besitzwille muß, um rechtliche Wirkung zu erlangen, sich in einem gewollten Tun oder Unterlassen des Erwerbers äußern, welches auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt als sichtbaren Erfolg abzielt[94]. Es ist somit[95] eine Handlung des Erwerbers erforderlich[96]. Diese Handlung kann dem verschiedenen Charakter des speziell oder generell geäußerten Willens entsprechend in der Begründung der tatsächlichen Gewalt oder in irgend einer Mitwirkung zu ihrer Herstellung bestehen. Sie muß aber auch in der Zustimmung zum Erwerb durch einen andern oder von einem andern[97], schließlich in allen solchen Tätigkeiten gesehen werden, die den Erwerb unmittelbar oder mittelbar ermöglichen sollen. Stets aber muß das Verhalten gewollt sein. Ist dies nicht der Fall, so erwirbt das betreffende Rechtssubjekt hierdurch nicht den Besitz.

b) Dies ist nicht unbestritten. Die Einwendungen beruhen auf der Ansicht, der innere Wille allein genüge zur Begründung von Rechten. Sie sind also eine Folge der in dem Streit um die Willenserklärung getroffenen Entscheidung. Da diese Auffassung fast einhellig abgelehnt worden ist[98], dürfte sich eine nähere Behandlung der von ihren Anhängern hinsichtlich des BEs aufgestellten Behauptung erübrigen, es sei auch hier der rein innere Wille ausreichend[99].

Erfolgswille dürfte m. E. unzutreffend sein. Nur die auf einen Rechtserfolg gerichtete Absicht entspricht dem Erfolgswillen, nicht aber die, die auf eine Tatsache abzielt.

94) Oertmann § 104 Vorb. 9a und d; Kaemmerer S. 134; Thoma S. 8; Kohler, JJ. 16/92; ihm folgt Tasche S. 41. Windscheid-Kipp zu §§ 148—155 I h; Herz S. 9 u. d. d. Zit.

95) Handlung ist das äußere durch bewußten Willensakt herbeigeführte Verhalten des Menschen (v. Tuhr II, 1 § 48 I.)

96) RGRK 854, 3; vgl. Biermann § 854, 3 b, soweit Wille, ist auch Willensbetätigung erforderlich; v. Tuhr § 49 S. 123; Endemann I § 64 Anm. 4; Zitelmann, Irrtum, S. 115 ff. und S. 157 ff.; auch Thoma S. 8.

97) vgl. unten S. 43 ff.

98) v. Tuhr § 49 S. 123; RGRK. 116 Vorb.; Oertmann § 164 Vorb. 11 bδ; Zitelmann, Irrtum a.a.O.; Kohler, JJ 16/92; ihm folgt Tasche S. 41; Rosenberg § 854 I,2; Kaemmerer S. 134; Strohal S. 67; Thoma a.a.O.; Windscheid-Kipp a.a.O.; Fr. Leonhard S. 69; vgl. Biermann a.a.O.

99) Irrig auch Klein S. 16 Anm. 75. Der innere BW genüge. Jede Handlung, die der Besitzer nunmehr im Hinblick auf den Gegenstand vornehme, sei Indiz für den vorhanden gewesenen Besitzbegründungswillen. Seine Berufung auf Manigk ist ungerechtfertigt. Vgl. unten Anm. 101 und 102. Er bleibt auch nicht konsequent, wenn er S. 100 verlangt, daß der Erwerber den inneren Willen habe ... und dieser Wille sich in des Erwerbers Verhalten wiederspiegele. S. 101: zwei gleichgerichtete Willensäußerungen bei der Uebergabe. Sein als Beweis genann-

α) Auf die Stellungnahme Manigks[100]) ist aber ihrer Eigenart wegen einzugehen. Er neigt zwar zu der Ansicht, daß der letzte Grund für das Vorliegen der tatsächlichen Gewalt in einem, wenn auch nur generellen Willen des Erwerbers zu erblicken sei; jedoch hält er in den Fällen, wo der Besitz auf Grund des generellen Willens ohne Wissen und Zutun des Erwerbers diesem erworben würde, eine Handlung desselben keinesfalls für erforderlich. Denn Handlung und Wille seien nicht dasselbe. Indem man den Willen verlange, brauche man die Handlung nicht zu fordern. Die Aktion könne auch von anderer Seite ausgehen. Diese Stellungnahme steht mit Manigks Ansicht über die notwendige Erscheinungsform des Willens nicht im Einklang. Denn er[101]) geht davon aus, daß „im Recht nur derjenige — unmittelbare oder mittelbare[102]) — Wille zu beachten ist, der sich in der Handlung oder in irgendeinem Verhalten vollendet hat.“ In Verfolg dieser Ansicht muß auch der Besitzwille zu mindest in einem Verhalten zum Ausdruck gekommen sein, weil er ja sonst rechtlich nicht wirksam wäre. Da Manigk die Handlung als notwendiges Mittel bei dem BE verneint, käme als mögliche Erscheinungsform allein das nichtwillentliche Tun und Unterlassen in Frage, denn sobald es willentlich geschieht, liegt eine Handlung vor. Besteht nun die Möglichkeit, durch nichtgewolltes Verhalten den zur Erlangung notwendigen Willen zu äußern? Dies muß verneint werden. Wenn mein Verhalten ein Teil des Willens im Rechtssinne sein soll, „der sich in ihm erst perfiziert“, so muß ich dieses Verhalten ge-

---

ter Fall spricht gegen ihn: Ein Meteorstein fällt in meinen mit hohen Mauern umgebenen Garten. Jetzt soll ich Besitzer allein auf Grund meines inneren Willens sein. Daß dieser Stein vom Himmel fiel, dürfte m. E. rechtlich irrelevant sein. Auch ein Knabe hätte ihn in Dereliktionsabsicht hineinwerfen können. Vom Standpunkt des Grundstücksbesitzers sind diese beiden Fälle dem gleichgelagert, daß die Sache aus der Gewalt des Besitzers auf das Grundstück gelangt ist. Der § 867 regelt nur das Verhältnis zum Besitzer der Sache. Er geht aber eindeutig davon aus, daß sie noch nicht im Besitze des Grundstücksbesitzers steht. Dazu ist ein Akt desselben erforderlich. Es bedarf wohl keiner Ausführung, daß dieselbe Forderung aufzustellen ist, gleichviel woher die Sache kommt.

100) WE S. 655. Zu seiner früheren Auffassung (Anwendungsgebiet S. 100 ff.), in diesem Punkte näher Stellung zu nehmen, ist überflüssig, da Manigk selbst diese Ansicht im wesentlichen als irrig zurückgenommen hat. Vgl. WE S. 436 Anm. S. 546, 571.

101) WE S. 436, 438, „Wille spiegelt sich in der Tat nicht nur wieder, so daß diese ein Indiz für den Willen ist, vielmehr findet der Wille sein Ende erst in der Tat. Er ist nur um der letzteren willen da. Den untätigen Willen braucht das Recht also nicht zu beachten!“

102) WE S. 444 unten, 446, 547.

wollt haben. Denn wenn ich mich nicht so verhalten wollte, kann ich einen Willen, der sich „in ihm vollendet hat", nicht besessen haben. Erfüllt also mein nichtwillentliches Verhalten, das sogar meinem inneren Wunsche entspricht, einen Tatbestand, so hat sich dieser Wunsch hierdurch noch nicht „zum Willen im Rechtssinne vollendet", da zwischen dem tatsächlichen Geschehen und meinem Wunsche ein Kausalzusammenhang nicht bestanden und ein sonstiges Verhalten, „in dem er in Wirksamkeit treten konnte", gefehlt hat. Der Wille kann sich also nicht in einem nichtgewollten, vielmehr nur in einem durch den Willen bestimmten Verhalten perfizieren. Dieses stellt sich beim BE als Handlung dar, weil der BE stets notwendig menschliches Tun oder Unterlassen verlangt.

β) Die Richtigkeit dieser Ueberlegung soll an den Beispielen nachgewiesen werden, die Manigk bei seinen Behauptungen im Auge hatte, also an den Fällen, in welchen der „Erwerber auf Grund eines generellen Willens ohne sein Wissen und Zutun" den Besitz erlangt und an solchen, bei denen[103]) die Aktion von anderer Seite ausgeht.

Fälle der ersten Art sind alle Erwerbsakte durch einen Besitzdiener (BD) und Besitzmittler. Die generelle Willensäußerung sieht man in der Schaffung des betreffenden Verhältnisses oder, wenn das soziale Abhängigkeitsverhältnis natürlicher Art ist, in der Duldung des Erwerbs. Nur bei den letzteren könnte man zweifeln, ob eine Handlung vorliegt. Sie besteht aber darin, daß der sozial Uebergeordnete es unterläßt, trotz Kenntnis der Sachlage ein Verbot auszusprechen. Ebenso enthalten die in der Literatur oft erwähnten Einzelfälle eine Handlung des Erwerbers.

So äußert sich der Wille des Jägers, an dem Tier in seiner Falle Besitz zu erwerben, in dem Aufstellen der Falle. Bei den auf eine Bestellung hin überbrachten Waren, oder dem auf dem gemeinsamen Hofe einer Mietskaserne abgeladennen Holz, liegt in der vorhergehenden Bestellung die betr. Handlung. Der BE des Schlafenden an den Zeitungen, die in den Briefkasten gesteckt werden, beruht auf seinem generellen Willen, u. a. auch Zeitungen mit Hilfe dieses Kastens zu erwerben. Sein Wille kommt in dem Anbringen bzw. dem Nichtentfernen des Kastens zum Ausdruck. Auch der BE des Hotelgastes an den Briefen, die man in den an seiner Zimmertür angebrachten Briefkasten hineinwirft, beruht auf entsprechenden Handlungen. Indem er das Zimmer bezieht, gibt er

---

103) Die folgenden Beispiele sind von Gierke, SR. § 115 Anm. 9.

durch sein gewolltes Verhalten den Willen kund, es mit seinen Einrichtungen, also auch mit dem für ihn bestimmten Briefkasten zu benutzen. Dies selbst dann, wenn er den Briefkasten bisher nicht bemerkt hat; denn durch sein Tun wird ein Benutzungswille objektiv erkennbar zum Ausdruck gebracht. Ein entgegenstehender Wille, der den BE verhindert, ist unbeachtlich, wenn der Hotelgast diese aus den Tatsachen sprechende Willenskundgebung bestehen läßt, oder wenn er nicht den Nachweis erbringt, daß der aus den Umständen gezogene Schluß seinem Willen nicht entspricht[104]).

Cosack-Mitteis[105]) erwähnen folgenden Fall: Dem A ist vor Monaten ein Hund gestohlen worden, der dem Diebe nachts entläuft, zu dem A zurückkehrt und, ohne daß dieser etwas davon bemerkt, wieder in seine Hütte hineingeht. Die Schriftsteller sind der Ansicht, der A erwürbe in dem Augenblicke den Besitz, als der Hund sich in der Hütte niederlegte. Dies erscheint mir zweifelhaft. Ob der ihn sofort wiederholende Dieb nochmals Diebstahl begeht, bleibe dahingestellt. Jedenfalls kann der Gewahrsam keinen Beweis für den Besitz erbringen. Der BE dürfte hier davon abhängen, ob der Wille, den Hund wiederzubekommen, sich noch irgendwie äußert. Grundsätzlich wird man vermuten können, daß der Wille besteht. Wenn jedoch bereits ¼ Jahr verstrichen ist, müßten schon gewisse Umstände darauf hindeuten, so hier möglicherweise die noch leere Hundehütte. Befände sich in ihr schon ein neuer Hund, so müßte man m. E. zweifeln, ob der Besitzerwerbswille noch vorhanden wäre. Er könnte sich aus anderen Umständen ergeben. Aber aus dem geschilderten Sachverhalt dürfte er nicht mehr zu entnehmen sein. Daher würde ich den Besitzerwerb erst am nächsten Morgen bei der Kenntnisnahme durch den Herrn und dessen entsprechendem Verhalten bejahen, eine Lösung, die irgendwelche schutzwürdigen Interessen des Besitzers nicht beeinträchtigt.

Für die andere Gruppe von Fällen, in denen die „Aktion von der anderen Seite ausgeht", diene der folgende als Beispiel: Mein Freund legt mir ein Widmungsexemplar eines Buches in meiner Abwesenheit auf den Schreibtisch. Ich erwerbe den Besitz im Moment der Niederle-

104) Die konkludente Willenskundgabe kann nicht angefochten, sondern nur durch den Nachweis beseitigt werden, daß der aus den Umständen gezogene Schluß unrichtig war. Vgl. Manigk, WE, S. 555.

gung, jedoch auch hier nicht ohne meinen geäußerten Willen[105].) Da ich nicht durch einen anderen, sondern von einem andern erwerbe, ist die Aeußerung andersartig. Sie ist in der Eingehung eines Freundschaftsverhältnisses zu erblicken, dem von einem gewissen Grade ab Vertrauen auch in dem Sinne zugrunde liegen kann, daß ich meinem Freunde die Möglichkeit einräume, gewisse Wirkungen in meinem Rechtskreis hervorzurufen. Ebenso wie ich damit einverstanden bin, daß er ohne anzuschellen in meinen Garten oder in mein offenstehendes Haus kommt, stimme ich auch innerhalb einer durch die Verhältnisse bedingten Grenze jeder Handlung, durch die er mir den Besitz übertragen will, generell zu. Denn ich kann mich auf ihn verlassen und zum andern einen Besitz von ihm kaum zurückweisen. In der Eingehung eines solchen Vertrauensverhältnisses äußert sich der eine der beiden zu einer Besitzübertragung notwendigen gleichgerichteten Willen. Diese Willensäußerung unterscheidet sich wesentlich von dem generellen BW des BHn oder dem des höherstufigen Besitzers. Denn während der BD den durch § 854 I BGB geforderten Tatbestand in seiner Person erfüllt, gibt hier der andere die tatsächliche Gewalt auf und der Erwerber erlangt sie selbst unmittelbar. Der BD, durch den wir erwerben, ist unser Organ. Hier ist aber der andere, von dem wir die tatsächliche Gewalt erlangen, die Gegenpartei. Ist die Willensäußerung des Erwerbers aus irgendwelchen Gründen nichtig, so sind BD und Besitzmittler selbst Besitzer, während die Sache in unserem Falle besitzerlos wird.

Aehnliche Vertrauensverhältnisse treffen wir auch in der Familie und in gewissen Dienstverhältnissen an. Aus diesem Grunde erwerbe ich sofort Besitz an dem Geldschein, den mir mein Vater, während ich schlafe, in die Brieftasche steckt[107]), nicht aber an der Börse, die mir der verfolgte Dieb im Gedränge in die Tasche schwindelt[108]). Daher erwirbt der Kutscher auch Besitz an dem Trinkgeld, das ihm sein Herr in den Wagen legt, nicht aber an den Falschstücken, die ein Dritter hineingeworfen hat[109]).

Der Erwerber hat seinen Willen also dadurch vorher generell geäußert, daß er ein Vertrauensverhältnis von einer gewissen Stärke einging oder bestehen ließ.

---

105) Cosack-Mitteis § 6 I.
106) Fälle von Gierke SR. § 115. Anm. 9.
107) ein oft erwähnter Fall.
108) vgl. Dernburg III § 17, 2.
109) vgl. die Fälle von Thoma S. 61, 18.

Es darf nicht verwundern, daß man in der Schaffung eines derartigen Vertrauensverhältnisses, welches in erster Linie andere Ziele verfolgt, die Aeußerung eines Besitzerwerbswillens sieht. Da mein Wille, nicht Besitz zu erwerben, im wesentlichen wegen der evtl. Haftung besteht, die er mir aufbürden kann, wende ich gegen einen BE von einer solchen Person nichts ein, von der ich weiß, daß sie mich mit einer unangenehmen Rechtsposition nicht belasten wird. Da weiterhin ein Vertrauensverhältnis der oben genannten Art auch die Gestattung des einen für den andern mit sich bringt, auf die schon im Besitz des Gestattenden befindlichen Sachen in gewissen Grenzen einzuwirken, enthält es in gleichem Maße auch dessen Willen, den Besitz an Sachen zu erwerben, die ihm der andere erst übertragen will. Vertrauensverhältnisse dieser Art setzen eben notwendigerweise rechtlich erhebliche Willensäußerungen voraus, da ohne diese ein solches Vertrauensverhältnis nicht entstehen kann.

Das Gesetz hat im § 362 HGB[110]) an ein Verhältnis ähnlicher Art, an die zwischen einem Kaufmann und einem Dritten bestehende Geschäftsverbindung, weit erheblichere Folgen angeknüpft. Die Lage ist im wesentlichen die gleiche. Dem Vertrauensverhältnis entspricht die Geschäftsverbindung. Der Aeußerung des Traditionswillens des Freundes, Vaters oder Geschäftsherrn entspricht die Vertragsofferte des Dritten, welche dem Kaufmann nicht bekannt zu sein braucht. Das Gesetz ist der Ansicht, daß dem Eingehen der Geschäftsverbindung der Wille des Kaufmanns, Geschäfte mit dem Dritten abzuschließen, so regelmäßig zu entnehmen ist, daß es jedem zu vertretenden Schweigen einen Annahmewillen unterstellt. Wenn das Gesetz der Geschäftsverbindung, die ihrem Wesen nach von den gegenseitigen Erwerbsinteressen der Parteien beherrscht ist, den Willen des Kaufmanns, einen Vertrag zu schließen, mit seinen erheblichen Rechtswirkungen entnimmt, so besteht wohl kein Bedenken, in der Bildung eines engeren Vertrauensverhältnisses, in welchem die egoistischen Motive regelmäßig zurücktreten, die Aeußerung des Willens, von dem andern den Besitz einer Sache zu erwerben, mit seinen weit geringeren Rechtsfolgen zu erblicken.

---

110) § 362 I HGB.: Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags.

In allen diesen Fällen, die nach Ansicht Manigks zeigen sollen, daß eine Handlung zum BE nicht erforderlich ist, bringt der Erwerber also seinen Besitzerwerbswillen durch gewolltes Verhalten zum Ausdruck, durch ein Tun bei dem Freundes- und Angestelltenverhältnis, durch ein Unterlassen in der Familie.

III. Kapitel.

Der Besitzerwerb durch Besitzdiener.

§ 7. Der Begriff des Besitzdieners.

Es soll nicht Aufgabe dieser Arbeit sein zu prüfen, ob die Grundsätze der Stellvertretung auf den BE schlechthin Anwendung finden können, ob also der zukünftige Besitzer durch die Tätigkeit eines beliebigen Dritten unmittelbaren Besitz erwerben kann, sondern ob der BE durch BD der Stellvertretung so verwandt ist, daß sich daraus die Zulänglichkeit ergibt, gewisse Rechtsvorschriften der §§ 164 ff. BGB auf ihn analog anzuwenden. Daher ist der BE durch BD in seinen für diese Untersuchung interessierenden Punkten genau darzustellen.

a) Der Begriff BD umfaßt sowohl Personen, denen die Verkehrsanschauung die Möglichkeit zuerkennt, eigene tatsächliche Gewalt an der vom Besitzherrn (BHn) besessenen Sache auszuüben, wie auch solche, denen sie sie abspricht[1]). Uebt der BD die Gewalt derart aus, daß die Verkehrsanschauung für ihn die Möglichkeit, eigene Gewalt an der Sache auszuüben, verneint[2]), weil sein Tun von dem Gewaltkreis seines BHn überschattet wird, so bildet der § 855 BGB nur eine Ergänzung[3]) des § 854 BGB, da der BH in Wahrheit selbst Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist. Steht der BD aber dergestalt zur Sache, daß er der Verkehrsanschauung nur als selbständiger Herr erscheint, so wird sie ihm allein

1) Vgl. Bruns S. 146; Last S. 123.

2) z. B. beim Gepäckträger, der neben mir den Koffer trägt.

3) Entsprechend Last, JJ 63/103 ff., 110—11. Er stellt es jedoch auf die Detentionssphäre ab. Diese wird von der Verkehrsanschauung als solche des BHn erkannt und damit wird dem BHn die tatsächliche Gewalt zugesprochen. In den Fällen aber,

die Ausübungsmöglichkeit zusprechen[4]). In diesen Fällen stellt der § 855 BGB eine Ausnahme[3]) vom § 854 BGB dar, da die vom BD ausgeübte tatsächliche Gewalt dem BHn vom Gesetz zugesprochen wird[5]), obwohl die Anerkennung der nach den äußeren Umständen urteilenden Verkehrsauffassung[6]) als erforderliche Grundlage in concreto fehlt.

Beiden Arten von BDn gemeinsam ist aber eine derartige Stellung zur Sache, daß sie dem BHn gegenüber keine Rechte in Bezug auf die Sache haben, vielmehr verpflichtet sind, den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des BHn Folge zu leisten. Dritten gegenüber besitzen sie ein Selbsthilferecht (§ 860 BGB). Folgepflicht und Verteidigungsrecht charakterisieren das Verhältnis vom BHn zum BD als sozial nicht neben-, sondern über- und untergeordnet[7]). Daher läßt sich ein solches Befehlsrecht auch nicht allein durch den Willen der Beteiligten schaffen. Voraus-

---

in denen der BD. die tatsächliche Gewalt außerhalb der Detentionssphäre ausübt, sieht Last den § 855 BGB nicht als Ausnahme an, sondern glaubt, diese Fälle würden nicht durch den § 855 allein, sondern vielmehr in Verbindung mit §§ 854 I, 856 II BGB geregelt. Eine Betonung des § 856 II würde aber zu dem von Last selbst S. 120 Anm. 2, 127 Anm. 3 abgelehnten Ergebnis Knieps, S. 241, führen, daß ein solcher BD, solange er sich außerhalb der Detentionssphäre des BHn befindet, keinen unmittelbaren Besitz erwerben könnte, sondern erst dann, wenn er sich wieder in die Detentionssphäre des Herrn zurückbegeben habe. Es muß also doch außer § 856 II BGB der § 855 BGB als hauptsächliches Argument herangezogen werden. Das bedeutet aber dann, daß er in diesen Fällen eine Ausnahme vom § 854 I BGB bildet.

Im übrigen ist die Frage recht bestritten. Wegen ihrer nur geringen Bedeutung seien die Ansichten bloß registriert. Schlechthin als Ergänzung des § 854 BGB sehen den § 855 BGB an: Endemann II S. 131; Rosenberg § 855 I, 1; als Ausnahme fassen ihn auf Leonhard, Fahrnis, S. 63, ihm folgt Fuchs S. 36. Isay S. 281; Raape S. 7; eine vermittelnde Ansicht vertreten Kaemmerer S. 183 Anm. 2; auch Isay S. 269, 270. (Zwei Arten des Besitzes: als tatsächlicher Zustand auch beim BD, als formales Legitimationsmittel nur beim BHn vorhanden.) Fuchs S. 33 „Ergänzung durch Feststellung einer Ausnahme", Wolff § 6 Anm. 1. Das allgemein gegen die Ansicht, es handele sich um eine Ausnahme, angeführte Argument, der BH könne den Besitz nicht verlieren, da ihm die tatsächliche Gewalt fehle, ist eine Beweisführung mit Worten. Ebenso wie die tatsächliche Gewalt durch den BD erworben wird, kann sie dadurch, daß er sie aufgibt, auch verloren gehen.

4) Wenn z. B. ein Angestellter mit der Geschäftsmappe eine Besorgung für sich macht, wird ihm die Verkehrsanschauung die Möglichkeit, eigene Gewalt auszuüben, nicht absprechen. Handelt es sich gar um den Prokuristen einer größeren Firma, so wird man ihm allein die tatsächliche Gewalt zuerkennen, da er nicht äußerlich den Eindruck eines BDs hervorruft.

5) vgl. z.B. RGRK. § 935, 2. „Es kann aber auch .. eine wirkliche tatsächliche Gewalt nur dem BD zustehen. Diese wird dann kraft des § 855 BGB dem Besitzer zugerechnet, so daß sie ihm den unmittelbaren Besitz gewährleistet".

6) Die Verkehrsauffassung urteilt nach der äußeren Erscheinung, vgl. oben S. 31.

7) Wolff § 6 III; Leonhard, Fahrnis, S. 63; Bekker, JJ. 35/43.

setzung für seine Entstehung ist, daß die Verkehrsanschauung die Beziehung zwischen BHn und BD als ein derartiges soziales Abhängigkeitsverhältnis anerkennt.

b) Der Einzelne kann BD sein auf Grund von natürlichen Beziehungen oder auf Grund von geschäftlichen Abmachungen[9]). Das typische Verhältnis des § 855 BGB ist das auf Grund von Rechtsgeschäften, ist vor allem die Beziehung vom Arbeitgeber zum Arbeitnehmer.

Dieses BD-Verhältnis hat man oft mit dem Sklavenrecht des römischen Rechts verglichen und es als ein ganz ähnliches bezeichnet[8]). Es ist zuzugeben, daß gewisse Aehnlichkeiten vorhanden sind. Sie dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß beide Verhältnisse Triebe durchaus verschiedener Rechtswurzeln sind. Der Sklave war auf Grund seines Standes rechtlos. Er befand sich mit seiner Person in der Macht des Herrn, deshalb auch die durch ihn gehaltene Sache. Heute hat sich das gewandelt. Jeder ist frei. Auch dann verliert der BD nicht seine Eigenschaft als Rechtssubjekt, wenn er auf Grund seines freien Willens oder auf Grund staatlichen, auch den freien Bürger treffenden Zwanges in ein solches „soziales Abhängigkeitsverhältnis" gelangt. Hierbei kann er nur auf die Ausübung gewisser Rechte verzichten, was ihn aber nicht hindert, sie mit Erfolg geltend zu machen. Seine Abhängigkeit ist überhaupt nicht eine allgemeine, seine Person ergreifende. Sie besteht nur, wenn und solange der BD tatsächlich eine Sache des BHn in seinen Händen hat. Er ist BD bloß hinsichtlich seiner speziellen Sache[10]). Denn gemäß § 855 BGB existiert nur in Bezug auf sie ein Befehlsrecht des BHn gegen den BD, auf Grund dessen der BH Weisungen, welche die Sache betreffen, erteilen kann. Somit entspringt also dem Besitz der Sache[11]) das Herrschaftsrecht des BHn und den BD und zwar auch dann, wenn seine BD-Stellung auf familienrechtlichen Gründen beruht. Denn auch hier hat die Geschichte dem Vater den Besitz an den seiner väterlichen Gewalt

---

8) Bruns S. 86; „ganz ähnlich"; Kniep S., 238, 239; „ähnliche Rolle"; Endemann „soziale Sachherrschaft, die sich körperlich erstreckt und unbeschränkt durchgeht auf die vom Helfer bereitgehaltenen Sachen". Sokolowski, II S. 329; Last S. 63, 105; hiergegen Hupka S. 49.

9) Die Fälle der momentanen Detention können unberücksichtigt bleiben, da sie systematisch nicht hierzu gehören.

10) Vgl. Planck § 855, 2; Thoma S. 53.

11) Vgl. Herz S. 35 ff.

unterworfenen Kindern entzogen[12]) und hat ihm damit gleichzeitig die Möglichkeit genommen, durch Ausübung der tatsächlichen Gewalt über sie, die von ihnen gehaltenen Sachen körperlich zu beherrschen.

Das Herrschaftsrecht des BHn über den BD charakterisiert sich somit als ein dem Sachenrecht entstammender Sproß. Es ist das auf eine Person bezogene Reflexrecht des allgemeinen Besitzrechts des BHn, welches allerdings eine gewisse soziale Stellung, die in ihrem historischen Ursprung personenrechtlich verwurzelt ist, als Voraussetzung aufweist. Die soziale Abhängigkeit ist heute nicht mehr Grund, sondern Voraussetzung des Befehlsrechts.

Ob und inwiefern bei den Arbeitsverträgen, die die Leistung abhängiger Arbeit zum Gegenstande haben, eine weitergehende persönliche Abhängigkeit besteht, kann dahingestellt bleiben. Soweit sie über die hier festgestellte Unterordnung hinausgeht, ist sie als auf den Besonderheiten der Betriebsorganisation beruhend andersartig, jedenfalls aber nicht das Charakteristikum des § 855 BGB. Ueberhaupt dürfte die Untersuchung über die personenrechtliche Seite des abhängigen Arbeitsvertrages zu stark auf die im großen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zugeschnitten sein, und die BD der uns interessierenden Art[13]) nicht berücksichtigen.

§ 8. Kriterium des Eigen- oder Fremderwerbs des Besitzdieners.

Da der BD seine eigene Rechtspersönlichkeit und damit seinen eigenen Rechtskreis durch den Eintritt in die vom Verkehr als sozial abhängig gewertete Stellung nicht verloren hat, besteht für ihn die Möglichkeit, seinem Herrn, aber auch sich selbst den unmittelbaren Besitz zu erwerben.

Welches ist das entscheidende Moment, das den Erwerb des BHn oder den des BDs bewirkt? Die Ansichten sind verschieden. Ein Teil der Schriftsteller hält eine objektive Tatsache für allein ausschlaggebend. Die einzelnen stellen ab auf das größere Interesse, das soziale Abhängigkeitsverhältnis, auf die Kausalverhältnisse zwischen Veräußerer und Besitzherrn oder Veräußerer und Besitzdiener. Der andere Teil gibt dem Willen die Entscheidungsmöglichkeit. Auch hier lassen sich Gradstufen fest-

---

12) Im älteren Römischen Recht hatte der pater familias die Hauskinder in seinem Besitz, vgl. Bruns S. 13 Anm. 2; Sohm § 90.
13) vgl. unten S. 59.

stellen. Die einen wollen nur dem Eigenerwerbswillen Bedeutung beimessen und im übrigen ein objektives Moment beibehalten, während die richtige Ansicht bei dem Eigen- wie dem Fremderwerb den geäußerten Willen als allein maßgebend ansieht.

a) α) Zu Unrecht halten einige ältere Schriftsteller[14]) ein objektives Moment für ausschlaggebend. So stellt Fleck[15]) fest, „daß nicht der subjektive Wille des Vertreters entscheide, ob er als Besitzer oder bloß als BD fungiere, sondern daß die kontraktlichen Beziehungen, also ein objektives, von seiner Willkür unabhängiges Moment“, den Ausschlag gebe und zwar solange, bis der BD „die häusliche Gemeinschaft verlassen und damit seine Qualität als BD eingebüßt[16]) habe. Eine ähnliche Ansicht vertritt Leonhard[17]), auch er bleibt den Beweis für seine Behauptungen schuldig. Flecks[18]) Hauptargument gegen die Erheblichkeit des Willensmomentes trifft uns nicht, da sich seine gesamte Beweisführung gegen die Wirksamkeit des inneren Willens richtet[19]). Diesen lehnen auch wir in diesem Zusammenhang als unerheblich ab[20]). Daher haben seine weiteren Ausführungen für uns kein Interesse.

Ebenso sprechen die rechtspolitischen Betrachtungen Flecks nicht, wie er annimmt, gegen das Willensmoment und für die Wirksamkeit der objektiven Verhältnisse. Der legislatorische Grund für die Schaffung des Instituts eines BDs war der, daß der BH das Recht haben sollte, die in seinem Besitz befindlichen, von dem BD gehaltenen Sachen diesem wegzunehmen. Fleck folgert nun hieraus, daß derselbe Grund, der für die Ausübung des Besitzes maßgebend gewesen sei, auch für seinen Erwerb Geltung haben müsse. Dieser Schluß ist m. E. unbegründet, denn während es einen Sinn hat, zur Erhaltung eines bestehenden Zustandes dem Berechtigten stärkere Gewaltmaßnahmen einzuräumen, dürfte es mit Rücksicht auf den öffentlichen Frieden höchst bedenklich sein, dem

---

14) Fleck, Leonhard, passim.
15) S. 366, vgl. auch S. 368.
16) S. 374.
17) S. 70/71. Die von ihm S. 77 aufgeführten Momente können höchstens als Indizien für den Willen Verwertung finden.
18) Er entnimmt (S. 365) nämlich den Protokollen S. 3344 zu § 801 E. I., entscheidend sei der Wille des BDs, „also etwas, was nicht dem äußeren Auftreten angehört“. Vgl. auch S. 367/38. Die dort gezogenen Folgerungen sind daher unzutreffend.
19) Ebenso Leonhard S. 69, 79.
20) Vgl. oben S. 40; auch Last JJ. 63/122—123.

BHn zur Erlangung neuer Sachen über den allgemeinen Rahmen hinausgehende Gewaltrechte zuzugestehen. Tatsächlich besteht auch insofern für den BHn ein Selbsthilferecht nur in Grenzen des § 229 BGB. Die verstärkten Gewaltrechte des Besitzers gemäß § 859 und demgemäß die des BHn setzen seinen Besitz an der Sache voraus. Ob der BH die Sache erlangt hat, ist aber gerade die Frage, um die es sich handelt. Sie ist hierdurch nicht beantwortet worden.

β) Dann wird die Meinung vertreten, daß die „soziale Stellung des BDs und die Beziehung der Sache zu dem von dem BD vertretenen Vermögenszweig — also das materiell begründete Interesse — allein entscheidend sei[22].“ Ein Wille des BDs, ja sogar eine Verabredung mit dem Veräußerer des Besitzes sei unerheblich. Diese Ansicht ist m. E. irrig. Hat der BH eine Sache gegen Zahlung gekauft und schickt nun den BD, damit er die Sache abhole, so wird der BD, wenn er beim Empfang zum Ausdruck bringt, daß er die Sache haben — besitzen — will, selbst Besitzer[23]). M. E. verwechseln die Anhänger der obigen Auffassung Rechtsgrund und Folge. Der BD befindet sich in einem Verhältnis, das von der gemeinen Auffassung als sozial abhängig betrachtet wird. Die konkrete Abhängigkeit, mit Befehlsrecht und Gehorsamspflicht als ihren Kriterien, knüpft aber an die von dem BHn unmittelbar besessene Sache an. Sie setzt also den Besitz des BHn voraus, kann mithin nicht Grund zu dessen Erwerb sein. Noch viel weniger vermag die von der Verkehrsauffassung schlechthin als „soziale Abhängigkeit“ aufgefaßte Beziehung die Ursache zu sein, denn sie liegt auch bei jedem Eigenerwerb des BDs vor.

---

21) Siehe auch Isay S. 337 ff.; RG 72, 285; Bruns S. 146 u. d. d. Zit. S. 149: „Der Mangel des eigenen Interesses bedingt den Mangel des eigenen Willens“. M. E. braucht der BD seinem (u. U. auch rechtswidrigen) Interesse aber nicht stets zu folgen. Er kann interessenwidrig handeln.

22) Sokolowski II S. 321; vgl. zu dieser Ansicht auch Sokolowskis Rechtspräsumption, nach der in allen Fällen der BE des BHn vermutet wird. Seine Auffassung stützt er auf die große Aehnlichkeit des heutigen BDs mit dem römischen Sklaven, der ein Peculium besitzt. Wie der Sklave vertrete auch der BD kraft seiner sozialen Stellung einen Vermögenszweig des Herrn. Sachen, die er innerhalb dieser Stellung erwerbe, gelangten in den Besitz des BHn. Daher müsse derjenige den BE des DBs beweisen, der ihn behaupte. Diese Ansicht ist irrig, weil eine rechtliche Aehnlichkeit zwischen dem römischen Sklaven und dem heutigen BD nicht besteht. (Vgl. oben S. 48). Ueber die für den Erwerb des BHn oder des BDs streitende Vermutung vgl. unten S. 57.

23) Daß der Veräußerer damit seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage nicht erfüllt, ist hier unerheblich.

b) Die Vertreter der übrigen Ansichten erkennen an, daß der beim Erwerb geäußerte Eigenerwerbswille des BDs diesem den unmittelbaren Besitz verschafft[24]).

α) Ein Teil von ihnen will dem Willen des BDs die Wirkung aber für den Fall absprechen, daß er dem BHn den Besitz erworben hat. „Ein Wille des BDs, für den Herrn zu erwerben, sei nicht erforderlich.“ Es genüge, wenn er als BD gehandelt habe. „Gebe freilich der BD zu erkennen, daß er für sich erwerben wolle, so würde er und nicht der Herr Besitzer. Aber der BD handele hier auch nicht als BD[25]).“ Diese letzte Feststellung spricht nicht für die Richtigkeit dieser Ansicht. Sie erweist vielmehr, daß das Handeln als BD, wie ja die Möglichkeit, nicht als solcher aufzutreten, zeigt, allein von dem Willen des BDs abhängig ist. Auch wenn er nicht den Willen ausdrücklich erklärt, so enthält das „als BD Handeln“ seinen Willen, als solcher, d. h. mit Wirkung für den BHn tätig zu werden. Der Wille, „ als BD zu handeln“, unterscheidet sich in nichts von dem Willen „als Vertreter aufzutreten“. Nur die Ausführung des Realakts und des Rechtsgeschäfts ist den Tatbeständen entsprechend verschieden. Die Gleichheit der Fälle zeigt sich beim Angestellten im Ladenlokal. Jeder von ihm unter normalen Umständen vorgenommene Verkauf ist im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen. Will der Angestellte selbst verkaufen, so muß er dies besonders kundtun[26]). Hier liegt also der gleiche Fall vor, wie wenn er als BD für den größeren Geschäftskreis seines Prinzipals unmittelbaren Besitz erworben hätte. Es ist aber nicht daran zu zweifeln, daß der Vertretungswille des Angestellten bei dem Kaufabschluß zu verlangen ist. Er äußert sich eindeutig in seinem Tun[27]). Ebenso gibt das Auftreten des BDs als BD seinen Willen kund, mit Rechtswirkung für den BHn tätig zu werden. Es ist also beim BE „das Handeln als BD“ Ausdruck des Fremderwerbswillens des BDs.

24) Wendt, S. 20; Rohde, S. 62 mit gutem Beispiel. Ein Diener kauft, da der Händler seinem Herrn nicht kreditieren will, auftragsgemäß für seinen Herrn eine Kiste Zigarren, um sie dem Herrn, da er selbst ihm auch keinen Kredit geben will, nur gegen Barzahlung weiterzuverkaufen.

25) Biermann § 855, 4a.

26) Beispiel von v. Tuhr II, 2 S. 344.

27) War seine Absicht auf ein Handeln im eignen Namen gerichtet, so stünde ihm ohne die positive Vorschrift des § 164 II BGB die Anfechtungsmöglichkeit zu.

Zwischen den einzelnen Vertretern dieser Gruppe besteht keine Einigkeit. So wird die obige Ansicht Biermanns[28]) von Rosenberg[29]) insofern modifiziert, als er bei Bestand einer den BHn auszeichnenden causa diese allein genügen läßt, die Beziehung zum BHn herzustellen. Im übrigen folgt er der oben abgelehnten Auffassung. Die Unerheblichkeit des Willens, für den BHn zu erwerben, will er[30]) daraus schließen, „daß der BE des BHn in der Hauptsache nach objektiven Merkmalen bestimmt werde" und daß er „positiv nicht zu beweisen sei." Aus diesen Tatsachen kann man m. E. die Unerheblichkeit des Besitzwillens nicht folgern. Wenn „objektive Merkmale" zur Feststellung des Besitzerwerbers oft von Bedeutung sind, so liegt dies daran, daß der Besitzwille nicht erklärt zu werden braucht, sondern sich in den Tatsachen der Außenwelt kundtut. Die „objektiven Merkmale" sind daher nur als Indizien für den BEs-Willen[33]), nicht ihrer selbst wegen von Bedeutung. Den weiteren Versuch mit prozessualen Mitteln für das materielle Recht zu argumentieren, müssen wir zurückweisen[32]). Das Fehlen des Besitzwillens gehört zwar zu den rechtshindernden Momenten[31]). Die Einteilung in rechtshindernde und rechtsbegründende Tatsachen betrifft aber „nur ihre prozessualische Behandlung, nicht ihre materielle Wirksamkeit[34]), denn die Rechtswirkung bleibt in gleicher Weise aus, wenn eine rechtsbegründende Tatsache fehlt oder wenn eine rechtsverhindernde Tatsache vorliegt[35])." Beide, das Vorliegen der begründenden und das Fehlen der hindernden Tatsachen sind die wahren Grundlagen der Rechtsfolge. Sie zusammen bilden den materiellen Tatbestand[36]). Daher spricht es nicht

---

28) siehe oben S. 52.
29) § 855 V 1 und 2.
30) a. a. O.
31) oben S. 30.
32) oben S. 30 Anm. 45 f., 38 f.

33) Der Wille findet sein Ende in der Tat (vgl. oben S. 41 Anm. 101); welcher Art aber der Wille ist, ergibt sich oft aus den Umständen (siehe unten S. 58).

34) Dies hebt auch Manigk (Willenserklärung S. 431/32 mit Recht hervor: „Was materiell wirkt, braucht im konkreten Prozeß nicht Wirkung zu haben. Die Wirkung eines Tatbestandes hängt materiell von anderen Faktoren ab, als die im richterlichen Urteil fixierte Formalwirkung. Diese wird durch Geltendmachung und Beweis bedingt." Und „Die Regelung der Beweislast verteilt die einzelnen im Tatbestande der Wirkung fungierenden Tatsachen auf die Parteien des Prozesses nach Gesichtspunkten, die mit „unserer Frage, was überhaupt materiell wirke" — was zum Tatbestand gehört —, „gar nicht zu tun haben."

35) v. Tuhr II, 1 S. 10.

36) = Gesamtheit derjenigen Erfordernisse, welche die Rechtsordnung als den Grund einer Rechtsfolge anerkennt. Enneccerus § 127 I.

gegen die Zugehörigkeit des Fremderwerbswillens zum Tatbestande des BEs durch BD, daß er positiv nicht immer zu beweisen ist, sondern daß höchstens sein Fehlen bewiesen werden kann.

β) Der geäußerte Wille des BDs ist sowohl für den Eigen- wie für den Fremderwerb entscheidend[37]).

Gegen die Richtigkeit der Ansicht, daß bei dem Fremderwerb der Wille das BDs unbeachtlich sei, spricht an erster Stelle die unglaubliche Inkonsequenz, die man dem Gesetzgeber vorwerfen müßte, wenn er bei ein und demselben Tatbestand dem Willen des BDs in einer Reihe von Fällen die alleinige Entscheidung, in einer anderen jedoch gar keine Bedeutung beigemessen hätte. Vor allem würde oft eine klare Stellungnahme nicht möglich sein, da bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit und Anfechtung des Kausalverhältnisses das Kriterium für den Erwerb des BHn entfiele und nun doch auf den Willen zurückgegriffen werden müßte.

$\alpha\alpha$) Der Fremdwille des BDs bei der Ausübung bestehenden Besitzes und dementsprechend beim Erwerb kommt in den Worten des § 855 „für einen andern" klar zum Ausdruck[38]). Dies wird zu Unrecht auch von solchen Schriftstellern bestritten[39]), die die Notwendigkeit eines Willensmomentes an sich bejahen. Selbst wenn sie recht hätten, daß für den Fall der Ausübung bestehenden Besitzes im § 855 BGB ein besonderer Wille nicht erwähnt worden sei, so würde dies nichts für die Ueberflüssigkeit des Fremdwillens des BDs beim Erwerb beweisen. Will man nämlich aus der Bestimmung des § 855 über die Ausübung des Besitzes durch den BD auf den Erwerb durch ihn schließen, so muß man sich

37) Vgl. vor allem Wendt S. 19 ff.; Bruns S. 149, insbes. 151; Schulze S. 414, Er bezeichnet zwar das soziale Abhängigkeitsverhältnis als maßgebend. Wie seine weiteren Ausführungen aber zeigen, faßt er es, wie auch wir, nur als Voraussetzung auf. „Sowohl bei einseitiger Besitzergreifung als auch bei der Uebergabe kommt es — weniger auf den inneren Willen, als darauf an, was nach den Umständen — von den Beteiligten — als sein Wille angesehen werden muß. Der geheime Vorbehalt ist auch bei dem Besitzerwerb bedeutungslos."

38) Wendt S. 19; ihm folgt Last S. 121, 118; Bruns S. 149, zu ihm Hellmann, Krit. Vierteljahrsschr. S. 114; Thoma S. 61; Kreß S. 166; Colberg S. 60, Sokolowski S. 319; Schulze S. 414.

39) So Endemann II § 33 Anm. 17; Przibilla, JJ. 50/348; Planck § 855, 2, Abs. 6; Gierke, SR, § 115, S. 229; Trendelenburg S. 28; Rohde XX, S. 26, der aber wieder (S. 8) aus den Worten: „Folge zu leisten hat", die freie Willensunterwerfung folgert. Gegen ihn wieder Fuchs S. 49. Dieser ganze Streit um den Wortlaut dürfte m. E. unfruchtbar sein, da mit einer solchen Verbaljurisprudenz ein Beweis nicht zu erbringen ist.

erst über die Unterschiede, die zwischen dem Erwerb des Besitzes und seiner Ausübung an sich bestehen, Klarheit verschaffen[40]).

Wir wir oben festgestellt haben, gehört zum BE irgendeine Handlung, aus der der Besitzgründungswille hinsichtlich einer sich in einem gewissen Raumverhältnis zur Person des Handelnden befindlichen Sache geschlossen werden kann. Zur Erhaltung[41]) bestehenden Besitzes ist lediglich erforderlich, daß das Raumverhältnis keine wesentliche Veränderung erfährt. Erst wieder zum Verlust des Besitzes ist der Eintritt eines Ereignisses notwendig, welches die tatsächliche Gewalt zerstört. Da also zur Erhaltung bestehenden Besitzes nur ein Negativum gefordert wird, ist es selbstverständlich, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der Ausübung des Besitzes durch einen BD keine besondere Bestimmung über dessen positiven Willen, die Sache als BD zu halten, zu treffen brauchte. Denn der BD tritt den in der tatsächlichen Gewalt des BHn befindlichen Sachen dergestalt gegenüber, daß aus seinem Verhalten ein Erwerb der tatsächlichen Gewalt durch ihn nicht geschlossen werden kann. Mit dem Eintritt in das von der Verkehrsanschauung als sozial abhängig beurteilte Verhältnis, erklärte er vielmehr, bloß neben dem BHn oder nur an seiner Stelle die tatsächliche Gewalt auszuüben. Will er nun dieser in den Tatsachen festgelegten und aus ihnen sprechenden Erklärung zuwider selbst die tatsächliche Gewalt erwerben, so muß er den Eigenwillen in der Weise betätigen[42]), daß er die tatsächliche Gewalt des BHn zerstört[43]). Hierzu wird, wenn das räumliche Verhältnis den BHn als Besitzer ausweist, die Vernichtung dieses Raumverhältnisses erforderlich sein, während eine Willensäußerung als solche dann genügt, wenn der BD schon als Herr erscheint[44]). Solange der BD ein solches Verhalten nicht beobach-

---

40) Dies versäumt Kaemmerer S. 146 vollständig. Der für den Erwerb modifizierte § 855 BGB lautet nach ihm: „Erwirbt der BD. auf Grund der zwischen ihm und dem Prinzipal bestehenden causa die tatsächliche Gewalt über eine Sache, so wird der Geschäftsherr allein Besitzer." Daß er hierbei lediglich den Wortlaut geändert hat, ohne auf Sinn und Zweck des § 855 BGB einzugehen, und aus diesem Grunde zu der oben S. 51 als irrig dargetanen Ansicht gekommen ist, dürfte einleuchten.

41) Planck § 852, 2; Thoma S. 32 Anm. 56; S. 14 Anm. 20; S. 33; vgl. Mathiaß § 3 S. 9.

42) Last JJ. 63/111.

43) Biermann § 856 V; Wendt S. 97; Kreß S. 169; Last S. 125; Sokolowski S. 322.

44) Rohde XX S. 69; Bruns S. 147; Last S. 125/26.

tet, die Sachen sich demnach noch in einem der Stellung des BDs entsprechenden Verhältnis, also noch „im Haushalt usw." befinden, behält der BH den Besitz.

Ganz anders verhält es sich aber naturgemäß bei einem Besitz erwerb des BHn durch den BD. Beide, BH und BD, stehen den Sachen zu Anfang gleich fremd gegenüber. Daran ändert auch ein evtl. Interesse oder ein Anspruch auf die Sache — also eine für den Berechtigten streitende causa — nichts. Denn die dinglichen Akte, zu denen auch die Besitzübertragung gehört, sind abstrakt. Es bestehen mindestens zwei Rechtskreise, in die die Sache eingeordnet werden kann, der des BDs und der des BHn. Die Entscheidung darüber, in welchen von beiden sie kommen soll, hat in den von uns betrachteten Fällen der BD zu treffen. In der tatsächlichen Verbindung, die er zur Sache herstellt, indem er sie an sich nimmt, oder eine sonstige Beziehung zu ihr begründet, kann sie nicht liegen, da dieser Zustand von der Verkehrsanschauung nur als wahrscheinliches Besitzkorpus gewertet wird, wobei die Person des Besitzers nicht erkennbar zu sein braucht. Es können wohl Vermutungen für den einen oder anderen Rechtskreis bestehen. Konstitutives Moment allein ist auch hier der geäußerte Wille des BDs. Nur er kann es sein, da jedes andere Moment fehlt. Er vermag sich selbständig schon in der Handlung, die das räumliche Verhältnis schafft, oder in einem sonstigen Verhalten zu äußern, z. B. dann, wenn die alleinstehende Haushälterin eine Kiste Zigarren von der Marke ihres Dienstherrn kauft. Was diese Handlung als für den BHn vorgenommen erscheinen läßt, ist der aus den Tatsachen sprechende Hinweis auf den Rechtskreis des Herrn; nicht aber sind es die Tatsachen als solche, sondern lediglich als Indizien für den hinter ihnen stehenden Willen der BDin[45]).

Man könnte einwenden, diesen Fremderwerbswillen habe der BD — entsprechend dem Willen, fremde tatsächliche Gewalt auszuüben — bei der Eingehung des Besitzdienstverhältnisses kundgetan[46]). Dieser Einwand wäre unberechtigt, da die Erklärung, künftig nur für den BHn erwerben zu wollen, ihrer weiterreichenden Folgen wegen nicht einer Anstellung ohne weiteres entnommen werden kann. Aber selbst wenn der BD diese Erklärung ausdrücklich abgegeben hätte, so erzeugte sie lediglich eine Ver-

45) Dies dürfte aus der Definition von Bruns S. 152 nicht klar hervorgehen, obwohl er ja materiell im wesentlichen die gleiche Ansicht vertritt.

mutung für den Einzelfall. Da ein Eigenerwerb des BDs hiermit nicht verhindert werden könnte, müßte er beim Erwerb doch den seiner früheren Erklärung entsprechenden konkreten Fremderwerbswillen besitzen.

ββ) Der Fremderwerbswille wird in der Regel nicht ausdrücklich erklärt, sondern äußert sich meist in Handlungen, die auf einen anderen Zweck, z. B. den Erwerb der Sache, abzielen. Der Inhalt dieses Willens ergibt sich aus den seine Tätigkeit begleitenden Umständen. Aus ihnen den Fremderwerbswillen und seine rechtliche Erheblichkeit zu erkennen, ist um so schwieriger, als der Erwerb des BDs für den BHn gewöhnlich weit häufiger als für ihn selbst sein wird und schon nach allgemeinen Regeln der dem typischen Erwerb entsprechende Wille vermutet wird. Dies kann bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung sogar derart zu einer Umkehrung der allgemeinen Wirkungen des Offenheitsprinzips gemäß § 164 II BGB führen, daß die gewöhnliche Tätigkeit des Vertreters als Aeußerung des Vertretungswillens und demgemäß als Vertreterhandlung aufgefaßt wird, während der Erwerb für den Vertreter selbst seiner ausdrücklichen Erklärung bedarf[47]). Da der Erwerb des BHn seiner größeren Wirtschaft wegen im Regelfalle der häufigere sein wird, so wird auch hier entsprechend jeder Erwerb, den der BD im Rahmen seiner für die Wirtschaft des BHn passenden Tätigkeit vornimmt als Erwerb für den BHn angesehen. Will der BD für sich selbst erwerben, so muß er diesen Willen objektiv erkennbar äußern[48]). Er trägt in Zweifelsfällen — da die Regel vermutet wird — die Beweislast für den Eigenerwerb. Ist hingegen der Eigenerwerb des BDs der zahlenmäßig größere, so wird dann, wenn der Fremderwerbswille nicht klar erkennbar ist, der Erwerb für den BD selbst vermutet werden müssen. Hat z. B. ein stellungsloser Buchhalter, der bei einem Handwerker täglich drei Stunden die Bücher führt, Büroutensilien angeschafft, die er auch für seinen eigenen Gebrauch verwendet, so besteht nicht die Vermutung, daß sie dem Handwerker erworben sind, obwohl der Buchhalter auch hier BD ist. In diesen Fällen wird also derjenige, der den Erwerb des BHn behauptet, den Beweis hierfür zu erbringen haben.

---

46) So z. B. Frank S. 32; hiergegen Thoma S. 51, dem Fuchs (Anm. 110) folgt.
47) v. Tuhr, II, 2 S. 344.
48) Last, JJ. 63/123.

Dieser Beweis würde die Umstände zum Gegenstande haben. So kann das Kausalgeschäft, das größere Interesse an der erworbenen Sache, die Natur der Sache selbst, Stillschweigen zu einer Erklärung des Tradenten u. a. als Indiz für die Art des der Handlung zugrunde liegenden Willens dienen. Ihr Nachweis vermag somit zu zeigen, daß die „Zweifel, für wen der BD erwerben wollte, im konkreten Falle doch nicht — wie es schien — begründet waren[49]).“

Die Wirksamkeit des Willens des BDs für den Herrn zu erwerben, tritt also dann besonders in die Erscheinung, wenn aus den Umständen sein Eigenerwerb irrig geschlossen und nun der Nachweis erbracht wird[50]), daß er seinen Willen, für den BHn zu erwerben, objektiv erkennbar geäußert habe. Hat z. B. der Aufkäufer eines Antiquariats, das hauptsächlich mit Büchern handelt, einen alten Kupferstich, der in seine eigene Sammlung gut hineinpassen würde, gekauft und sich übergeben lassen, wird auf dem Heimwege überfahren und getötet, so kann die Firma gegenüber seinen Erben deren Erbbesitz gemäß § 857 BGB nur dadurch widerlegen, daß sie nachweist, der Erblasser habe sich beim Erwerb als Angestellter der Firma geriert und damit den Willen geäußert, für die Firma, seinen BHn, zu erwerben.

Die Bedeutung des Fremdwillens des BDs zeigt sich auch in allen den Fällen, in denen jemand zu mehreren Rechtssubjekten die Stellung eines BDs einnimmt[51]). Ein Mädchen ist in einem Zweifamilienhause bei beiden Familien, bei der einen als Morgen-, bei der andern als Nachmittagsmädchen angestellt und erhält von beiden ihr Zimmer. Erwirbt sie nun Sachen auf dem für beide Familien gemeinsamen Einkauf, so entscheidet allein ihr Wille, welchem Rechtskreis sie das Erworbene einordnen will. Soll sie z. B. der Frau A und der Frau B je 1 Pfd. Weintrauben mitbringen, bekommt aber im ganzen nur noch 1 Pfund, so kann sie jetzt entscheiden, welcher von beiden sie die Weintrauben mitbringen und demgemäß Besitz und Eigentum erwerben will, oder ob sie gar — um einen Streit zu vermeiden — die Weintrauben selbst ißt.

---

49) Last S. 123.

50) Dies ist unzulässig; vgl. Bruns S. 150; Last, JJ. 63/123; Schulze S. 414.

51) Eine in der Wirtschaft nicht seltene Erscheinung, daß jemand als Prokurist bei zwei Firmen, z. B. der Produktions- und Verkaufsgesellschaft, oder bei mehreren unter einheitlicher Leitung zusammengeschlossenen Verkaufsgesellschaften angestellt ist.

§ 9. Die Verteilung der Willensmomente auf den Besitzherrn und den Besitzdiener.

a) Wie verteilt sich nun das beim BE erforderliche Willensmoment auf den BHn und den BD? Je nach der konkreten Stellung des BDs ist dies verschieden. Der BD kann z. B. als Handlanger jeden Stein so abladen und hinlegen, wie der BH es angibt. Er kann mit speziellem Auftrag eine ganz bestimmte Sache abholen und das zu ihrer Beherrschung erforderliche Raumverhältnis herstellen. Seine Tätigkeit kann aber auch ungebundener sein. Da uns der BD in seiner freiesten Erscheinungsform interessiert, weil nur bei ihr die Möglichkeit einer Aehnlichkeit mit der Vertretung bestehen kann, wollen wir ihn bloß in dieser Gestalt näher betrachten. Hier denken wir an den Pokuristen, der Barkäufe abschließt oder bei sonstiger Gelegenheit Sachen für die Firma erwirbt, den Kapitän eines Seeschiffes, der neue Ladung übernimmt, die Köchin, die zum Einkaufen auf den Markt geht, den Spediteur, der sich für eine Importfirma Sachen übergeben läßt u. a.[52]) In diesen Fällen richtet der BD seinen Willen auf die konkrete Sache, um an ihr seine tatsächliche Gewalt in seiner Eigenschaft als BD[53]) zu begründen, d. h. mit dem Willen, den BHn zum Beherrscher der Sache zu machen[54]). Der BD erfüllt also den gesamten objektiven und subjektiven Tatbestand des BEs in seiner Person, nur unter dem Hinweis, daß der BH Beherrscher der Sache werden soll.

b) Der Besitzwille des BHn ist entsprechend dem vorhin als möglich geschilderten Verhalten des BDs verschieden geartet. In den beiden ersten Beispielen muß er, wie jeder Erwerber, den auf die bestimmte Sache gerichteten Besitzgründungswillen fassen, weil der BD hier ja lediglich tatsächliches Werkzeug zur Herstellung der erforderlichen räumlichen Beziehung ist. In den letzten Fällen, die unser besonderes Interesse erregen, hat der BD hingegen den konkreten Besitzgründungswillen gefaßt und geäußert, der die unmittelbare Aenderung der Gewaltverhält-

---

52) Diese sind BD. Vgl. RGRK. § 855, 5.

53) Vgl. die bei Manigk, WE. S. 239 zit. Stellen: J. II.19,7 „tamquam heres", D. 29, 2, 20 pr. „quasi heres". Manigk faßt das „Handeln als Erbe" bei konkludenter Erbschaftsannahme als Handeln mit der Absicht — dem mittelbaren Willen —, die Erbschaft anzunehmen, auf.

54) Vgl. unten S. 72 f.

nisse erstrebt (Geschäftswillen[55]). Der Wille des BHn ist demgegenüber nur ein genereller und zielt nicht auf eine unmittelbare Begründung eines Herrschaftsverhältnisses über eine Sache ab. Er kommt in folgender Erwägung zum Ausdruck: „Ich habe nichts gegen einen Erwerb durch dich mit Wirkung für mich einzuwenden. Ich bin damit einverstanden, ich stimme ihm zu[56])." Dieses Einverständnis allein ist noch auf Seiten des BHn, wie bei einer, die Anerkennung der Volksgemeinschaft genießenden Raumbeziehung erforderlich, um dem oben festgestellten Fundamentalsatz zu genügen, daß niemandem gegen seinen Willen eine mit Rechten und Pflichten ausgestattete Rechtsposition allein durch die Tätigkeit eines Dritten aufgedrängt werden kann.

c) Wann liegt nun eine solche generelle Willensäußerung vor? Sie wird in der Regel nicht ausdrücklich, sondern bei der Schaffung des Abhängigkeitsverhältnisses abgegeben werden[57]). Besteht das Verhältnis schon auf natürlicher Grundlage, so wird sie sich meist in einem unwidersprochenen Gewährenlassen äußern. Z. B. wenn der Sohn älter wird, werden ihm seiner Reife entsprechend größere Rechte eingeräumt, die auf einem ausdrücklichen Gestatten oder einer selbst genommenen, vom Vater geduldeten Freiheit beruhen können.

Hiergegen wendet Last[58]) ein, es wäre eine Fiktion anzunehmen, daß der BH bei der Begründung des Abhängigkeitsverhältnisses an einen Besitzwillen denke. Der BD allein fasse den Willen, und dieser gelte als Wille des BHn. Last scheint hier, wie der Hinweis zeigt, an den auf die konkrete Begründung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willen (Geschäftswillen) gedacht zu haben. Insoweit hat er recht. Dieser Wille gilt zwar nicht als Wille des BHn, hat aber unmittelbare Wirkung für ihn. Zu Unrecht bestreitet Last, daß der BH einen generellen BW äußere. Diesen muß der BH einmal gefaßt haben, da er sonst nie Besitzer zu werden vermag. Ebensowenig wie sich jemand rechtswirksam als mein Vertreter zu meinem Vertreter bevollmächtigen kann, ohne daß ich von mir aus

55) vgl. oben S. 16.

56) Vgl. Rohde XX S. 61: Nicht erforderlich, daß der BH die tatsächliche Gewalt über die Sache unmittelbar durch den BD haben will. Es genügt, daß er sie überhaupt haben will.

57) Endemann § 38 Anm. 9; Klein S. 172; Planck § 855, 4; Dernburg § 20 II; Przibilla S. 357; Bruns S. 149, 87, 89; Munscheidt S. 39; Rhode XX S. 61.

58) S. 124.

tätig geworden bin, ist der BD imstande, den Besitzbegründungswillen an Stelle des BHn zu bilden, wenn dieser nicht seinen auf den BE gerichteten Willen irgendwann einmal zum Ausdruck gebracht hat[59]). Es mag sogar Last darin recht gegeben werden, daß es Fälle geben kann, in denen der BH bei der Bestellung des BDs nicht an die Bildung des generellen BWs gedacht hat. Dann hat er aber, indem er den BD in diese Position hineinsetzte, den Anschein erweckt, daß er den Willen habe. Er müßte infolgedessen diese berechtigte Annahme zerstören, um seinem wahren Willen Geltung zu verschaffen. Da die generelle Willensäußerung ihrem Charakter nach eine Zustimmung zu den künftigen Handlungen des BDs darstellt, wird man überdies in der einfachen Vertrauenskundgebung, die in der Anstellung des betreffenden Mannes liegt, auch u. U. die von diesem Vertrauen umfaßte Zustimmung selbst erblicken können.

d) Jedoch ist zu fragen: Ist in dem sozialen Abhängigkeitsverhältnis notwendig eine solche generelle Willensäußerung enthalten, oder — weiter gefaßt — ist der Rahmen des Besitzdienstverhältnisses ein objektiver oder kann er durch den Willen des BHn modifiziert werden?

Eine Anzahl von Schriftstellern[60]) lehnt die Wirksamkeit des Willens des BHn aus Gründen ab, die wir oben als irrig zurückgewiesen haben. Die übrigen, die mit uns im wesentlichen der gleichen Meinung sind, stimmen in ihren Ansichten im einzelnen nicht überein. Einige[61]) glauben, mit der Zuweisung eines bestimmten Geschäftskreises sei eine Ermächtigung des BDs verbunden, Sachen für den BHn innerhalb dieses Kreises anzunehmen. Andere[62]) sind der Auffassung, daß zu dem Besitzdienstverhältnis ein Auftrag oder nachträglich eine Genehmigung hinzukommen müsse, damit der BH den Besitz unmittelbar erwürbe. Dieser Ansicht ist m. E. beizupflichten, jedoch dürfte es unrichtig sein, die Tätigkeit des BHn, in der sich der Wille äußert, mit Auftrag zu bezeichnen. Wenn sein Wille auch oft gelegentlich eines Auftrags zum Ausdruck kommen wird, so ist doch nicht der Auftrag, also die Frage entscheidend,

---

59) Eine Ausnahme bilden allein die der gesetzlichen Stellvertretung entsprechenden Fälle, in denen die Handlungsmacht kraft Gesetzes erteilt wird.

60) Leonhard S. 76; vgl. oben S. 50 Anm. 14. Vgl. auch Schulze S. 414.

61) Trendelenburg S. 36; Heinrichs S. 43; Bruns S. 87; Dernburg III § 20 II; ähnlich auch Last S. 120: „in den Verhältnissen des § 855 liegt .. zumeist auch die Berechtigung, für den BHn Besitz zu erwerben."

62) Planck § 855,4; Draganoesco S. 76; Götz S. 38; vgl. auch Last Seite 120.

ob der BD zu handeln verpflichtet ist und sein Unterlassen ihn u. U. schadenersatzpflichtig macht. Es hängt vielmehr davon ab, ob die Tätigkeit des BDs für den BHn unmittelbare Geltung hat. Last nennt diese Rechtsstellung des BDs „Befugnis zum BE." Den Ausdruck wollen auch wir vorläufig[63]) beibehalten.

Gegen die Richtigkeit der objektiven Auffassung spricht die Tatsache, daß es ganz in der Hand des BHn liegt, seinem BD eine Stellung mit Rechten einzuräumen, wie er will. Ist dies genügend kenntlich gemacht, so richtet sich der Verkehr hiernach. Die Ansicht des Verkehrs ist auch hier nicht das konstitutive Moment, sondern bloß die Bestätigung der Volksgenossen, daß sie diese Stellung als Typus erkannt haben. Die Verkehrsanschauung ist Funktion des von ihr beachteten Willens[64]).

Mit der Zuweisung eines bestimmten Geschäftskreises ist auch nicht jedesmal die generelle Willensäußerung des BHn in Form der Erteilung einer Ermächtigung oder einer Befugnis zum BE verbunden. So kann z. B. eine Firma dem neuen Inhaber einer Stellung wegen seiner geringeren Fähigkeiten weniger Rechte einräumen als dem Vormann, u. a. auch nicht die Befugnis zum BE, die sein Vorgänger besaß. Fraglich ist nur, ob auch ein Dritter sich dies entgegenhalten lassen muß. Nach allgemeinen Regeln kann man es für den Fall, daß nach außen nichts geschehen ist, was die geringere Berechtigung des neuen Angestellten kenntlich macht, verneinen. Bejahen muß man es aber dann, wenn die Veränderung hinreichend kundgetan ist. Die unbedingte Notwendigkeit dieser Entscheidung ergibt sich aus dem Zwang, dem alle Unternehmungen unterstehen, aus Gründen der Wirtschaftlichkeit auch Personen mit minderer Befähigung zu verwenden, und dem sich hieraus ergebenden Bedürfnis, die Befugnisse dieser Personen ihren Fähigkeiten entsprechend mit Wirkung gegen Dritte beschränken zu können.

Last[65]) erwähnt den Fall, daß ein Handwerksmeister Besitzer der Sachen wird, die das Dienstmädchen seiner Frau für seine Werkstatt annimmt, obwohl es vertragsmäßig[66]) nichts mit der Werkstatt zu tun hat.

---

63) In Wahrheit handelt es sich um eine Art der oben S. 21 von uns festgestellten Handlungsmacht, vgl. unten S.74/5.

64) Daß die Verkehrsauffassung nicht autonom ist, sondern durch den Willen der einzelnen je nach ihrer Stärke und durch Rechtsnormen ständig verändert wird, dürfte selbstverständlich sein.

65) Seite 120.

66) Auf den Vertrag kommt es dabei nicht an, sondern auf die rein einseitige

Dieses Beispiel gibt die Forderungen einer modernen Wirtschaft, die auf Arbeitsteilung aufgebaut ist, nicht wieder. Es wird zwar niemand daran zweifeln, daß der Schuhmachermeister Besitzer der dem Dienstmädchen abgegeben Schuhe wird. Die Zweifel werden aber stark werden, wenn wir uns die Frage vorlegen, ob einer Gesellschaft mit 800 kaufmännischen Angestellten der BE eines solchen zugerechnet werden kann, der in der Hollerith-Abteilung sitzt und dort Karten zu lochen hat. Oder ob der Unternehmer einer Automobilfabrik unmittelbaren Besitz erwirbt, wenn der Bote eines Lieferanten Sachen einem solchen Arbeiter übergibt, der am laufenden Band den Vergaser an den Motor anzuschrauben hat. Hier tritt ein BE des BHn im Augenblick der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den BD nicht ein, weil der BH den generellen Besitzerwerbswillen nicht geäußert hat[67]).

Gegenüber den vorstehenden Beispielen könnte man mit Recht einwenden, daß die von den betreffenden BDn eingenommenen Stellungen typisch den generellen Besitzwillen des BHn vermissen ließen, daß durch sie der Einwand Lasts[68]) nicht widerlegt sei, die Befugnis zum BE gehöre gewissen Besitzdienerstellungen zwangsläufig an.

Wenn nun aber ein Handelshaus, nachdem es die Erfahrung gemacht hat, daß es bei der Geldannahme durch einen Kassierer allein zu viel Falschstücke erhält, in seinem Kassenlokal anschlägt, es seien nur zwei Kassierer gemeinsam zur Annahme berechtigt, so dürfte m. E. der Besitzerwerb nur e i n e s Kassierers es nicht zum unmittelbaren Besitzer machen, obwohl mit der Tätigkeit eines Kassierers die Annahme von Geld nach der Ansicht des Verkehrs typisch verbunden ist.

In einer Sparkasse war es üblich, daß im Schalterraum die Namen derjenigen Beamten nebst deren Namenszug ausgehängt wurden, die während der betreffenden Kassenstunden zur Annahme von Geld allein oder gemeinsam mit anderen berechtigt waren. Der Beamte A hatte sonst stets den Kassendienst. Am betreffenden Tage war er jedoch mit einer anderen Arbeit beschäftigt. Seinem Freunde X war dies nicht bekannt. Er unterhielt sich mit ihm über die Schranke hinweg und bat ihn, 500 RM., die er einzahlen wolle, außer der Reihe anzunehmen, da er sehr eilig

---

Erklärung des BHn, die nicht Vertrag zu sein braucht. Vgl. oben S. 59 f. Sie wird zwar in solchen Verhältnissen regelmäßig bei der Anstellung geäußert werden.

67) Vgl. R o h d e XX S. 361.

68) JJ. 63/120, 110.

sei. Das Buch könne er ihm abends am Stammtisch zurückgeben. A nahm, ohne auf seine neue Beschäftigung hinzuweisen, Geld und Kontobuch an und übergab beides dem B, der den Kassendienst versah. Hier hatte die Sparkasse den unmittelbaren Besitz erst in dem Augenblick erlangt, als der A das Geld dem B übergab.

Die Kassierer haben in beiden Fällen sowohl Vollmacht zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen — z. B. soweit sie die Uebereignung betreffen — wie die Befugnis zum BE. Die Vollmacht ist ihnen nur für die Kassenstunden des betreffenden Tages erteilt, an dem sie den Kassendienst versehen. Ebenso steht ihnen auch nur für diese Zeit die Befugnis zum BE zu, denn das Handelshaus wie die Sparkasse haben ein erhebliches Interesse daran, daß der gesamte Bargeldverkehr von dem hierzu bestimmten Beamten allein erledigt wird.

Die Befugnis zum BE kann also ohne Einfluß auf den Bestand des Dienst- und Abhängigkeitsverhältnisses auf eine bestimmte Dauer beschränkt werden, dem BD gänzlich entzogen und wieder erteilt werden, nicht nur mit Wirkung für das Innenverhältnis, sondern in der Regel auch für jeden Dritten.

Damit ergibt sich die Unabhängigkeit der Befugnis zum BE von den sie begleitenden Umständen. Der folgende Fall zeigt dies auch hinsichtlich der Rechtsgültigkeit des Besitzdienstvertrages.

Nehmen wir an, der BH hat den BD angestellt und ihm auch die Befugnis eingeräumt, für ihn Sachen anzunehmen. Nach 14 Tagen stellt sich aber heraus, daß der BH wegen Geistesschwäche entmündigt war und daß der Vormund die Genehmigung des Vertrages verweigert. Der Vertrag ist unwirksam, da er dem Entmündigten nicht nur rechtliche Vorteile bringt. Wie steht es mit den Sachen, die der BD an Stelle des Geistesschwachen erworben hat? Wurde der BH im selben Augenblick Besitzer oder nicht? Dies ist zu bejahen, denn die erforderliche natürliche Willensfähigkeit ist dem BHn wegen seiner Geistesschwäche nicht abzusprechen. Sie reicht zur generellen Willensäußerung ebenso aus wie zur konkreten, obwohl zugegeben werden muß, daß die generelle in der Regel weitergehende Folgen haben wird. Diese generelle Willensäußerung wird nicht durch die Unwirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung beeinflußt. Sie ist also nicht in ihr als ein Minus enthalten, sondern besteht neben ihr fort. Sie hat einen unabhängigen, selbständigen

Charakter. Hierin liegt auch der Grund, daß der BH bei den aus anderen Gründen nichtigen Verträgen den Besitz erwirbt. Irrig ist die Ansicht, daß das Abhängigkeitsverhältnis als solches die Ursache sei. Denn wie wir oben[69]) gezeigt haben, gehört die Befugnis zum BE nicht notwendig zu ihm. Sie besteht vielmehr selbständig mit Wirkung für das Innen- wie für das Außenverhältnis, unabhängig sowohl von der Gültigkeit des Besitzdienstverhältnisses, als auch von dem sozialen Abhängigkeitsverhältnis[70]) in dem Sinne, daß sie mit ihm nicht notwendig verbunden ist, wohl aber seine Existenz als Voraussetzung für die eigene Rechtswirksamkeit fordert.

§ 10. Die Einordnung des Besitzerwerbes durch Besitzdiener in das System der juristischen Handlungen.

Um durch Orientierung im Gesamtgebiet der juristischen Handlungen für die Beantwortung unserer Frage größere Klarheit zu gewinnen, wollen wir die bisher gefundenen Ergebnisse in das System der Rechtshandlungen einordnen. Zu diesem Zweck wird ein kurzer Ueberblick über die juristisch wirksamen Tatsachen, insbesondere die rechtswirksamen Handlungen, vorausgeschickt werden müssen.

a) Die juristischen (rechtswirksamen[71]) Tatsachen sind solche, die allein oder mit andern eine Rechtswirkung herbeiführen[72]). Sie können entweder rein objektive Tatsachen (Naturtatsachen) oder menschliches Verhalten sein. Von dem letzteren sind die Handlungen für den Rechtsverkehr die bedeutendsten. Sie stellen sich als gewolltes, äußeres menschliches Verhalten dar[73]) Sie interessieren uns hier nur, soweit sie rechtmäßig[74]) sind und für das Privatrecht Wirksamkeit besitzen. Eine Einteilung dieser Gruppe der rechtmäßigen Handlungen erfolgt am zweckmäßigsten nach dem Tatbestandsmerkmal, an welches das Gesetz die Rechtsfolge knüpft,

69) Seite 62 f.
70) Das soziale Abhängigkeitsverhältnis ist Voraussetzung, d. h. die Verkehrsanschauung muß es als ein solches ansehen. Die tatsächliche Abhängigkeit ist aber erst eine Folge des Besitzerwerbs. Vgl. oben S. 48 f.
71) oder rechtserheblichen oder rechtlich bedeutsamen.
72) Enneccerus § 127 II; Klein S. 7.
73) vgl. oben S. 40 Anm. 95.
74) Der Vorwurf (Enneccerus § 128 Anm. 3), diese Einteilung sei zwecklos, da ein für die rechtmäßigen Handlungen allgemein geltender Satz nicht aufzufinden sei, mag richtig sein, jedoch dürfte ihre Verwendung sich durch den steten Gebrauch rechtfertigen.

weil dies das Charakteristikum ihrer rechtlichen Natur darstellt und weil damit die gleichartigen zueinander gefügt werden. Bei der ersten der sich ergebenden drei Untergruppen tritt die Rechtsfolge ein, da ein auf diesen Rechtserfolg in seinem Kernpunkt[75]) gerichteter Wille geäußert worden ist. (**Rechtshandlungen mit kongruenter Rechtsfolge der Willensäußerung**[77]) oder Rechtsgeschäfte[78]). In der zweiten knüpft das Gesetz die Rechtsfolge an die Aeußerung eines auf einen tatsächlichen Erfolg abzielenden Willens. Der eintretende Rechtserfolg braucht aber in den Fällen dieser Untergruppe, — z. B. bei der Mahnung —, nicht identisch mit dem erstrebten tatsächlichen Erfolg zu sein. (**Rechtshandlungen mit inkongruenter Rechtsfolge der Willensäußerung,** Rechtshandlungen i. e. S.[79]). Die dritte und letzte Untergruppe läßt den Willen schon derart zurücktreten, daß er sich nur in der Handlung zu äußern braucht, durch die ein Vorgang der Außenwelt herbeigeführt werden soll. Von dem Eintritt dieses durch notwendige menschliche Handlungen herbeigeführten tatsächlichen Erfolges macht das Gesetz hier — z. B. bei der Verarbeitung — die Rechtsfolge abhängig[80]) (**Rechtshandlungen mit der Rechtsfolge des Erfolges,** Tathandlungen oder Realakte).

Das Gesetz hat eine eingehende Regelung allein für die erste Gruppe, die Rechtsgeschäfte, getroffen. Diese Normen lassen eine analoge Anwendung nur auf die Rechtshandlungen mit inkongruenter Rechtsfolge der Willensäußerung also die Rechtshandlungen im engeren Sinne zu, da bei ihnen sich die Wirkung nicht aus dem (gar nicht immer erreichten) Erfolge ergibt, sondern wie beim Rechtsgeschäft an die Aeußerung des Willens geknüpft ist[81]). Auf die Rechtshandlungen mit der Rechtsfolge des Erfolges sind die rechtsgeschäftlichen Normen „nur in Ausnahmefällen,

---

75) Der Erfolgswille braucht nicht auf alle Rechtsfolgen, sondern nur auf die „typische", d. h. die das Wesen dieses Rechtsgeschäfts ausmachende Rechtsfolge gerichtet zu sein; Manigk, WE, S. 270, 649. Z. B. tritt die Haftung aus § 276 BGB ein, obwohl nur ein auf den Kauf abzielender Wille vorlag.

77) v. Tuhr, Allgem. Teil Bd. II § 48, II, 1 a S. 105.

78) Zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes sind Willenserklärungen nicht unbedingt erforderlich. Der auf den Rechtserfolg gerichteten Willensäußerung kann der Kundgebungszweck fehlen, welcher für eine Willenserklärung wesentlich ist (vgl. oben S. 19 Anm. 36a); so z. B. bei der Vertragsannahme nach § 151 BGB in den Fällen der §§ 182, 415 BGB, bei der Okkupation und bei der Dereliktion. Vgl. Manigk (WE) S. 348 ff. 527 ff., insbesondere 533.

79) v. Tuhr, a. a. O. b, S. 106 ff.

80) v. Tuhr, a. a. O. c, S. 110 ff.

81) So v. Tuhr § 48 S. 112; Enneccerus, § 194; vgl. Manigk, WE, Seite 646.

wenn es geboten erscheint", analog anzuwenden, da hier im Gegensatz zu den Rechtshandlungen i. e. S. ein vom Rechtsgeschäft grundverschiedener Tatbestand gegeben ist[82]).

b) Als Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung können wir feststellen, der BE ist keine Naturtatsache. Der BD richtet seinen Willen auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, also auf eine Tatsache, an deren gewolltem Eintritt das Gesetz die Rechtsfolge knüpft. Von diesem Gesichtspunkt aus ist der BE durch BD also Tathandlung oder Rechtshandlung mit der Rechtsfolge des Erfolges.

Wir erkannten aber weiterhin, daß der BD die Macht hat, innerhalb einer beschränkten Zahl von Personen durch die Aeußerung seines Willens diejenige zu bestimmen, bei der der Rechtserfolg eintreten soll. Dieser Wille ist nicht notwendig auf den Rechtserfolg, nämlich den BE, gerichtet. Erforderlich und genügend ist, daß der BD seinen Willen geäußert hat, an Stelle eines bestimmten BHn die tatsächliche Gewalt zu erwerben. Auf den Eintritt des Rechtserfolges, nämlich des BEs, ist er dann ohne Einfluß. Das zeigt folgendes Beispiel: P ist Prokurist sowohl bei der Produktions- wie bei der Vertriebsgesellschaft. Er schickt seinen Chauffeur, der ihm von den Gesellschaften für den Dienst wie für seine privaten Zwecke zur Verfügung gestellt ist, eine Kiste Zigarren gegen bar zu kaufen. Der Chauffeur ist der Ansicht, die Zigarren seien für den Hausgebrauch des Prokuristen bestimmt und äußert auf die Frage des Händlers: „Die Zigarren sind für Herrn P." Der hier zum Ausdruck gekommene Wille des Chauffeurs, die Zigarren für den P zu erwerben, ist rechtlich bedeutungslos; denn der Prokurist kann sich immer noch sowohl als BD der einen wie der anderen juristischen Person, wie aber auch als Besitzer gerieren. Damit stellt sich dieser Fremd- bzw. Eigenerwerbswille des Chauffeurs nicht als ein rechtsgeschäftlicher, sondern als ein natürlicher Wille dar.

Das Gesetz knüpft somit in den §§ 854, I, 855 BGB den Eintritt der Rechtsfolge — den BE des BHn — an eine doppelte Voraussetzung:

1. den Erwerb der tatsächlichen Gewalt durch den BD (Tathandlung),
2. die Aeußerung des Willens der BDs, er wolle die tatsächliche Gewalt als BD des BHn erwerben. (Rechtshandlung i. e. S.)

Diese Doppelnatur läßt den BE durch BD in das oben dargestellte System der Rechtshandlungen nicht glatt einordnen. Er nimmt eine Son-

82) v. Tuhr und Enneccerus a. a. O.

derstellung zwischen den Rechtshandlungen mit der Rechtsfolge des Erfolges (Tathandlungen) und denen mit inkongruenter Rechtsfolge der Willensäußerung (Rechtshandlung i. e. S.) ein. Zur ersteren gehört er nicht, da der Rechtserfolg nicht allein an den tatsächlichen Erfolg geknüpft ist, auch deckt er sich nicht mit der zweiten, da neben der Willensäußerung der Eintritt eines tatsächlichen Erfolges notwendig ist. Weil aber der geäußerte Wille des BDs die Richtung des Rechtserfolges, wenn auch nur mittelbar, bestimmt, dürfte die größere Verwandtschaft zu den Rechtshandlungen mit inkongruenter Rechtsfolge der Willensäußerung bestehen.

c) Die Schwierigkeit der Klassifizierung besteht nicht bei dem von Enneccerus[83]) aufgestellten System. Er gliedert die juristischen Handlungen — von anderen Gruppen abgesehen — in Willenserklärungen, Rechtshandlungen und Realakte. Der BE durch BD müßte m. E. seinen Rechtshandlungen zugerechnet werden. Er definiert sie als „erlaubte Aeußerungen eines geistigen Vorgangs, nämlich eines Willens oder einer Vorstellung, welche Rechtswirkungen, auch ohne darauf gerichtet zu sein, hervorbringt." Die Aeußerung des Fremdwillens des BDs würde hierunter fallen; denn sie ist notwendig nur darauf gerichtet, die tatsächliche Gewalt an Stelle des BHn zu erwerben. Der Rechtserfolg seines BEs tritt dann kraft Gesetzes ein. Das weitere Erfordernis, die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, steht hier nicht so wie bei v. Tuhr im Wege, da Enneccerus' Beispiele[84]), wie die Wohnsitzbegründung, Geschäftsführung für einen andern, die Rückgabe der Pfandsache, alle den Eintritt eines tatsächlichen Geschehens — die Niederlassung, die Vornahme des Geschäfts, die Uebergabe der Pfandsache — zur Voraussetzung haben, so daß also der BE durch BD sogar als Beispiel aufgeführt werden könnte.

d) Manigk[85]) teilt die Rechtshandlungen, soweit sie hier interessieren, in folgende Gruppe ein:

1. rein äußere Handlungen,
2. Handlungen, deren Tatbestand nicht mit der Realisierung eines äußern Erfolges erfüllt ist, zu deren Wirksamkeit das Gesetz vielmehr außerdem noch eine innere Tatsache irgendwelcher Art verlangt,

83) § 128 III, 2 und 3.
84) § 128 II, 2 a δ.
85) Manigk, WE. S. 652, ihm folgt Klein S. 26 ff.

3. Handlungen, die sich lediglich als Perfektion einer auf ein äußeres Verhalten hinzielenden erheblichen inneren Tatsache (u. a. Wollen) darstellen, bei denen also der Handlungsakt gesetzlich nicht fixiert ist.

In dieser Einteilung erfordern auch die rein äußeren Handlungen ein Willensmoment, da sie als solche schon gewolltes Verhalten und damit Ausdruck dieses Willens sind. Beim schlichten BE reicht dieser allein die Handlung hervorrufende Wille, z. B. die entdeckte Sache aufzunehmen, wie wir oben[86]) festgestellt haben, nicht aus. Zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt muß der Wille, diesen Zustand für eine gewisse Dauer zu begründen, die Sache zu beherrschen, hinzukommen und sich durch entsprechendes Verhalten äußern. Damit würde also auch der schlichte BE nicht unter die rein äußeren Handlungen zu fassen sein[87]). Er ist vielmehr, wie auch der BE durch BD, der zweiten Gruppe zuzurechnen, doch mit der Modifikation, daß der Wille nicht eine innere Tatsache bleibt, sondern geäußert wird[88]).

e) Aehnlich ist in den maßgebenden Punkten die Einteilung von Lehmann[89]). Er scheidet die nicht rechtsgeschäftlichen Rechtshandlungen in Willensäußerungen, Mitteilungen und Tathandlungen. Er nimmt zu diesen letzteren, unter Bezugnahme auf Klein noch eine Untergruppe an, soweit sie außerdem eine innere Tatsache erfordern (gemischte Realakte). Der BE würde wohl dieser letzteren Gruppe zuzurechnen sein.

f) Die sehr verästelte Einteilung Eltzbachers dürfte für unsere Untersuchung nur mit ihren beiden Gruppen der unmaßgeblichen privaten Willensäußerung, die sich auf ein eigenes Tun oder Lassen richtet[90]) und den Handlungen ohne Aeußerungsgehalt, die sich auf eine bestimmte Sache beziehen[91]), von Wert sein. Eltzbacher glaubt, daß der BE durch BD wohl zur zweiten Gruppe gehöre[92]). Nach der hier vertretenen Ansicht müßte er zu der ersten Gruppe gezählt werden und würde dann

---

86) Seite 39.

87) a. M. Manigk, der den BE als objektive Tatsache, rein äußere Handlung und Handlung mit innerer Tatsache (Wollen) ansieht. S. 654 f.; 656 ff.; 691 (WE); ebenso Klein S. 16, 33 ff., 98 ff.

88) Auch Manigk verlangt, daß der Wille sich äußert, nicht allein innere Tatsache bleibt. Vgl. oben S. 41 Anm. 101 f.

89) § 38, I, 1—3.

90) S. 178 ff.

91) S. 209 ff.

92) S. 214.

wohl einer analogen Anwendung der rechtsgeschäftlichen Normen zugänglich sein[93]).

g) Der BE durch BD läßt sich also in die meisten Systeme nicht glatt einordnen. Er ist wohl den Rechtshandlungen i. e. S. oder bei den Einteilungen von Manigk, Eltzbacher und Lehmann den diesen entsprechenden Figuren verwandt. Jedoch dürfte die Verwandtschaft zur Rechtfertigung einer gleichen rechtlichen Behandlung mit ihnen nicht ausreichen. Nur nach der Einteilung von Enneccerus läßt sich der BE durch BD ohne Zwang als Rechtshandlung i. e. S. erkennen. Als solche würde er dann auch eine analoge Anwendung der rechtsgeschäftlichen Normen zulassen. Dieses Ergebnis erscheint aber nicht sicher genug, um auf ihm eine analoge Anwendung zu begründen; wohl könnte es anderen Argumenten eine Stütze sein.

IV. Kapitel.

Die Analogie.

§ 11. Die grundsätzliche analoge Anwendung der Stellvertretungsregeln auf den Besitzerwerb durch Besitzdiener mit Vertretercharakter.

Das einzige Moment, das allen BDn persönlich gemeinsam ist, ist eine solche Beziehung zum BHn, die in den Augen des Verkehrs als sozial abhängig erscheint. Da diese Art der sozialen Abhängigkeit die verschiedensten Verhältnisse umfaßt, Personen in den unterschiedlichsten Stellungen — der Commodore eines Ozeanriesen und der Tellerwäscher stehen beide in der in diesem Sinne gleichen sozialen Abhängigkeit — so ist es natürlich, daß sich außer dieser einen gemeinsamen eine Reihe verschiedener Eigenschaften zeigen werden. Wir erkannten schon, daß es BD gibt, die die Befugnis haben, für ihren Herrn den Besitz zu erwerben und solche, denen sie fehlt. Derjenige BD, der so auftritt, als habe er diese Befugnis, trägt Vertretercharakter (**BD mit Vertretercharakter**). Jeder andere hat nur die Natur eines Gehilfen[1]). Diese Scheidung deckt

93) S. 177.

1) Die gleiche Unterscheidung machten Peter Klein, Oesterr. Zentralblatt XXVIII S. 727, wobei er die Schaffung des Kausalverhältnisses, auf Grund dessen der BE durch den BD erfolgt als Kriterium der Stellvertretung ansieht. Dies kann als Indiz dienen. Jedoch kommt es hierauf allein nicht an. So kann das Kausalverhältnis mit einem Wahlrecht schon bestehen. In der Auswahl kann sich jetzt die Selbständigkeit

sich nicht mit der andern von uns vorgenommenen Einteilung der BD in solche, denen die tatsächliche Gewalt nach der Verkehrsauffassung zu- oder abgesprochen wird[2]). Der Kreis der BD mit Vertretereigenschaft ist umfassender. Die BD, die als selbständige Inhaber der tatsächlichen Gewalt erscheinen, werden alle als Vertreter angesehen werden müssen. Aber auch von den übrigen, bei denen der sie überschattende Gewaltkreis des BHn erkennbar ist, können einige die Befugnis zum BE haben und demgemäß auftreten, z. B. der Kapitän eines Seeschiffes, die Köchin auf dem Markt, der Prokurist in seinem Büro.

Diese BD haben Vertretereigenschaft, weil der durch sie vorgenommene BE unter den von uns oben festgelegten Begriff der Stellvertretung fällt. Denn die wesentlichen Merkmale der Stellvertretung liegen bei ihnen vor. Diese sind, wie wir oben erkannt haben, die folgenden:

a) ein Handeln an Stelle des Vertretenen,

b) Vertretungsmacht,

und als Rechtsfolgen dieses Tatbestandes

c) der Eintritt der gesamten Rechtswirkungen unmittelbar und ursprünglich in der Person des Vertretenen.

a) Derjenige handelt an Stelle eines andern, der den gesamten gesetzlichen Tatbestand einer juristisch wirksamen Handlung in seiner Person selbständig mit dem geäußerten Willen erfüllt, daß die Rechtsfolgen einen anderen treffen sollen.

Zum Tatbestand des BEs gehört die Herstellung eines die tatsächliche Gewalt ermöglichenden Zustandes, unter dem Willen, die Sache zu beherrschen. Der BD in seiner freiesten Erscheinungsform, also derjenige mit Vertretercharakter, bringt die Sache zu sich in ein Raumverhältnis, das die Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch ihn ermöglicht. Dabei

---

zeigen. Diese Ansicht hat er in seinen Rechtshandlungen S. 58 verlassen. Er stellt es dort richtigerweise auf das selbständig oder unselbständig erscheinende Handeln ab, verläßt jedoch S. 59 ohne Grund diese Ansicht, indem er die auf der Vollmacht beruhende Möglichkeit, die Handlung nach eigener, selbständiger Initiative vorzunehmen als entscheidend ansieht. Draganesco S. 34 Anm. S. 110 hebt mit Recht hervor, daß die BD, insofern sie ihren eigenen Willen betätigen, die Stellung eines Vertreters haben. Kniep S. 239; Thoma S. 58 ff. (Beispiele); Wolff § 13 II; hiergegen vor allem Manigk WE, S. 656, in Verfolg seiner Ansicht, der BD sei stets Gehilfe, dem Boten vergleichbar.

2) Siehe oben S. 57 f.

bringt er den Willen zum Ausdruck, — als BD — die Herrschaft über die Sache auszuüben[3]).

Die Selbständigkeit seines Auftretens und damit der auf die konkrete Sachherrschaft gerichtete Wille (Geschäftswille) kann sich in einer gewissen Entscheidungsmöglichkeit darüber kundtun, ob er Sachen dieser oder jener Art, Qualität, Menge, Lagerung, Verpackung oder sonstiger Beschaffenheit nimmt oder nicht. Hierbei kommt es allein auf sein äußeres Auftreten an. Geriert sich z. B. der einfache Angestellte als Prokurist, obwohl er auf dessen bestimmten Auftrag hin tätig wird, so erhält er Vertretereigenschaft.

Damit den BHn die Rechtsfolgen des BEs seines BDs treffen, ist es erforderlich, daß der BD mit der Willensäußerung handelt, als BD den BHn zum rechtlichen Beherrscher der Sache zu machen. Die Aeußerung des Fremdwillens, den wir jetzt seiner Qualifikation nach als Vertretungswillen erkennen, ist den Umständen entsprechend verschieden gestaltet. Der Aeußerung kann der Kundgebungszweck fehlen. Daher braucht der Vertretungswille dem Kontrahenten nicht zum Bewußtsein zu kommen[4]).

Wie Manigk richtig erkannt und dargestellt hat, muß man Willensäußerungen mit und ohne Kundgebungszweck unterscheiden[5]). Die Kundgebung des Willens ist bei den ersteren nicht der leichteren Erweislichkeit wegen vom Gesetz gefordert, sondern im Interesse des Kontrahenten, der sich auf das gewollte Kundtun des Erklärenden verlassen muß[6]). Dort, wo ein solches Interesse des Kontrahenten fehlt, hat das Gesetz von der Notwendigkeit einer Kundmachung Abstand genommen. Dies ist beim BE durch BD in der Regel der Fall (Geschäft wen es angeht), daher fehlt denn auch die Kundmachung, d. h. die Erklärung, für den BHn erwerben zu wollen. Alle Rechtssätze, die auf der Eigenart der Erklärung beruhen, sind auf die Willensäußerung ohne Kundmachungszweck unan-

---

3) Draganesco S. 75 stellt für das römische Recht fest, der vom Stellvertreter zum Ausdruck gebrachte eigene Wille, der sich auf die Erlangung des corpus, auf den Erwerb des Besitzes für den Erwerber beziehe, sei mit dem Besitzwillen nicht zu identifizieren. Der Vermittler habe nicht den Willen, die Sache selbst zu besitzen, die tatsächliche Herrschaft für sich zu erwerben, sondern er habe den Willen, die tatsächliche Gewalt für den Erwerber zu erlangen.

4) Vgl. Oertmann § 130, 4.

5) Vgl. WE S. 188 ff., 190/91, 192, 205.

6) Manigk, WE S. 499.

wendbar[7]). So wird das „Handeln im fremden Namen", also das Offenheitsprinzip nur mit Rücksicht auf den Kontrahenten gefordert; denn dieser soll in seinem berechtigten Interesse an der Person seines Vertragsgegners geschützt werden[8]). Hieraus erhellt, daß das Offenheitsprinzip nicht ein zum Wesen der Vertretung, sondern allein zur Eigenart der Willenserklärung gehörendes Tatbestandsmerkmal darstellt[9]). Für die Vertretung an sich ist lediglich erforderlich, daß der Vertretungswille objektiv wahrnehmbar geäußert wird[10]). Daher ist es denn auch beim BE, wo in der Regel ein Interesse des Kontrahenten an der Person seines Gegners fehlt, nicht notwendig, daß der Kontrahent die Umstände erfährt, in denen der Fremd- oder Eigenerwerbswille des BDs sichtbaren Ausdruck erlangt hat, daß er den aus ihnen objektiv möglichen Schluß zieht und somit den BD als solchen oder als Eigenerwerber erkennt. Will der BD diesen, den regelmäßigen Willen ausdrückenden Umständen zuwider selbst[11]) oder als BD an Stelle eines andern[12]) erwerben, so muß er den Willen zwar objektiv erkennbar zum Ausdruck bringen, aber auch in diesen Fällen ist es nicht notwendig, daß dem Kontrahenten seine Willenäußerung zum Bewußtsein kommt[13]). Es genügt, daß die Umstände dem, der sie beachtet, die Willensrichtung anzeigen.

---

7) Vgl. auch Oertmann § 104 Vorb. 11 b δ.

8) Vgl. Bruns S. 5.

9) ebenso wie der Erfolgswille, der zwar zur Abgabe einer Willenserklärung, nicht aber zum Tatbestande der Vertretung gehört.

10) Vgl. z. B. v. Tuhr II, 2, der S. 349 feststellt, daß an dem Handeln in fremdem Namen festzuhalten sei, Anm. 95 aber zugibt, daß sich dieses meist aus der causa ergebe. Ist nun die causa dem Kontrahenten unbekannt, so liegt m. E. ein Fall der Willensäußerung ohne Kundgebungszweck vor.

11) So würden im Fall der Eck'schen Hausdame (Eck Leonhard Bd. I S. 179 und 180) die regelmäßigen Umstände, zu deren Deutung z. B. das zum Kauf der silbernen Löffel verwandte Geld dienen könnte, je nachdem die Hausdame diesen Umständen zu die Herrschaft als BHin erscheinen lassen. Würde die Hausdame diesen Umständen zu wider, z. B. obwohl sie mit dem Geld der Herrschaft kauft, für sich selbst den Besitz erwerben wollen, so braucht sie diesen Willen zwar nicht dem Verkäufer zu erkennen zu geben, obwohl dies die häufigste Art sein würde, sondern sie könnte es dadurch, daß sie den Willen auf andere Art zum Ausdruck bringt z. B. indem sie dem Verkäufer eine Adresse einer Freundin, die dieser als solche nicht zu erkennen braucht, angibt, damit die Löffel als Geschenk dort hingeschickt werden.

12) vgl. den Fall oben S. 57, wo der arbeitslose Buchhalter Schreibmaterial kauft und die Umstände ihn selbst als Besitzerwerber ausweisen, nicht seinen BHn, für den er nur täglich 3 Stunden die Bücher führt.

13) M. E. unrichtig Kaemmerer S. 150, der nur dann, wenn eine Willensübereinstimmung der bei der Tradition Mitwirkenden vorliegt, dieser einheitlichen Willensrichtung entsprechend, den Besitz übergehen, im übrigen aber die causa entscheiden läßt.

Die Regel des § 164 BGB, also das Offenheitsprinzip, kommt aber immer dann zur Auswirkung, wenn ein Interesse des Kontrahenten an der Person des Vertretenen ihn veranlaßt, Auskunft zu verlangen. Die jetzt vom Vertreter genannte Person ist Partei[14]) Hier wie beim Rechtsgeschäft muß der Kontrahent sich auf die Richtigkeit der Erklärung verlassen können. In diesem Falle trägt der BD die Verantwortung für den Erklärungswert seiner Auskunft[15]).

b) Die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (Vollmacht) wird durch einen Akt des Vertretenen (Bevollmächtigung) erteilt. Dieser ist seinem Wesen nach eine voher erteilte Zustimmung, also eine Einwilligung in die Rechtsfolgen der von dem Vertreter an seiner Stelle vorgenommenen Handlungen[16]). Ihre Bedeutung liegt in ihrer Wirkung nach außen, Dritten gegenüber. Daher ist sie auch selbständig gegenüber dem das Innenverhältnis darstellenden Rechtsverhältnis. Die gleiche Beobachtung machten wir beim Besitzdienstverhältnis. Durch die generelle Willensäußerung des BHn konnte dem BD die Befugnis erteilt werden, für den BHn Besitz zu erwerben. Auch diese Erteilung ist ihrer juristischen Natur nach eine vorher erteilte Zustimmung, also eine Einwilligung in die Rechtsfolgen der Erwerbshandlungen des BDs an Stelle des BHn. Ebenso zeigt sich ihre Bedeutung wesentlich im Außenverhältnis, insbesondere darin, daß der BH einen Erwerb des BDs nicht gegen sich gelten zu lassen brauchte, wenn er diese Befugnis nicht erteilt hatte. Gleichfalls erwies sie sich selbständig gegenüber der Rechtsgültigkeit des Innenverhältnisses; so kann sie ohne oder neben ihm bestehen, mit Wirkung gegen Dritte beschränkt oder gänzlich entzogen werden. Es findet sich lediglich die Besonderheit, daß ein Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem vorhanden sein muß, das nach der allgemeinen Auffassung des Lebens als sozial abhängig beurteilt wird. Hierdurch wird das Wesen der Vertretungsmacht aber nicht betroffen. Denn diese Regelung liegt in der Eigenart des Besitzes, als einer tatsächlichen Herrschaft begründet, weil ohne den von der gemeinen Lebensauffassung als gültig anerkannten

---

14) Hätte die Eck'sche Hausdame, die ja als BDin nicht erkennbar ist, obwohl sie mit eigenem Geld kaufte — was möglicherweise für sie sprechen kann —, erklärt, ich bin BDin und die Löffel sollen für meinen BHn erworben sein, so würde sie nur BDin tätig geworden sein.

15) vgl. Manigk, WE, S. 499.

16) vgl. oben S. 20 zu Anm. 43; auch Oertmann § 167, 1a.

Verzicht des BDs auf die Besitzschutzansprüche, keine Gewalt des BHn über die Sache möglich ist. Von diesen Ausnahmen abgesehen, entspricht die Befugnis zum BE durchaus der Vollmacht. Sie ist wie diese eine Unterart der Vertretungsmacht, die wir, unserer obigen Einteilung gemäß[18]), da sie sich allein auf ein Nichtrechtsgeschäft bezieht, mit „Handlungsmacht" bezeichnen wollen.

Der Tatbestand der Vertretung ist damit beim BE durch BD mit Vertretercharakter erfüllt.

c) Den Rechtsfolgen der Vertretung gemäß stellen sich auch sämtliche Rechtswirkungen beim BE durch BD unmittelbar und ursprünglich in der Person des BHn ein. Der BH erwirbt den Besitz mit dessen Rechten und Pflichten, ohne daß ein anderes Rechtssubjekt, vor allem der BD, Träger dieses Rechts an seiner Stelle gewesen ist. Der BD steht lediglich in einem gewissen räumlichen Verhältnis zur Sache, das nicht Rechtsfolge seiner Handlung, sondern ihr tatsächliches Ergebnis ist, und als solches erst die Rechtswirkung mithervorruft[17]). Allerdings bekommt der BD das Selbsthilferecht des § 859 BGB gegenüber Dritten. Er erlangt es aber nicht selbst durch den Erwerb, sondern leitet es vom BHn ab. Denn es setzt dessen Besitz voraus[19]) und steht ihm gegen den BHn selbst nicht zu. Es ist für den BD somit nur eine mittelbare Folge des BEs des BHn.

Die bisherige Untersuchung hat somit ergeben, daß der BE durch BD mit Vertretercharakter zu der Stellvertretung in dem oben von uns entwickelten Sinne gehört[20]). Da ihre Voraussetzungen denen der Stellvertretung bei Rechtsgeschäften in den wesentlichen Punkten gleichen, er-

---

17) Isay S. 363, beachtet nicht mit seinem Einwand, die Wirkungen wären verschieden, daß es allein auf die Rechtswirkungen ankommt.

18) oben S. 21.

19) Arg. § 860 BGB, „auch derjenige befugt, der die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt".

20) Im gleichen Sinne RGRK § 164 Vorb. 4, §§ 854, 5; 855, 5 (jedoch müßte m. E. die obige Unterscheidung zwischen BDn mit und ohne Vertretercharakter beachtet werden); Staudinger § 164 Vorb. 9; Krückmann, Inst. S. 568; Dernburg III, 20, II; Wolff § 13 II; OLGE 41, 159; Klein S. 133/34; Last, JJ. 63/128.

Vgl. auch Gierke, SR. S. 229; Stolz S. 62; Leonhard, Fahrnis, S. 63, der von seinem vertretungsähnlichen Verhältnis spricht; Türke, Niederführ und Winter, § 855, 8; unverständlich Bartels S. 666.

gibt sich, daß deren Grundsätze auch auf den BE durch BD analoge Anwendung finden können[21]).

b) Dies ist nicht unbestritten. So behauptet Manigk[22]), der BD sei nicht Vertreter nach Analogie des § 164 BGB, denn lediglich sei äußeres Verhältnis zum BHn rufe dessen Besitz hervor. „Es sei auch weder eine Vertretungsbefugnis, noch ein Vertretungswille des BDs, noch sein Handeln im Namen des BHn erforderlich, womit der Begriff der Vertretung entfalle.“ Der erste Einwand beruht, soweit er das äußere Verhältnis vom BHn zum BD als Grund der Fremdwirkung ansieht, auf einer irrigen Vorstellung[23]). Im übrigen ist er in seiner Feststellung, der BD sei nicht Vertreter nach § 164, identisch mit der weiterhin gegen die Analogie aufgestellten Behauptung, der § 855 BGB enthalte eine sachenrechtliche Spezialregelung[24]), die den allgemeinen Regeln vorgehe und ihre analoge Anwendung verbiete[25]). Der Einwand in beiden Formulierungen trifft m. E. insofern nicht den Kern der Sache, als der § 164 BGB ebenso eine Spezialregelung für die Willenserklärung darstellt, wie der § 855 BGB für den Besitz. In beiden Gesetzesstellen wird die Fremdwirkung normiert, nur mit dem wesentlichen Unterschied, daß die Regelung für die Willenserklärung im Gegensatz zu der für den Besitz bis in die Einzelheiten ausgebaut worden ist. Um die großen Lücken

---

21) Im Ergebnis zustimmend: RGRK. § 164 Vorb. 4; Staudinger § 164 Vorb. 9; Przibilla S. 328; Heinrichs, S. 43; Kniep S. 230; Rümelin S. 149; Windscheid-Kipp zu §§ 148—155 I h; Strohal, JJ. 38/70; Last, JJ. 63/128; Stolz S. 62; Bleugels S. 14 Anm. 4.

A. A., weil sie den willenlosen Besitz vertreten: die oben S. 26 Anm. 13, 14 und 15 Zitierten.

Ganz abwegig Müller S. 23, der BH sei beim BE in der Person des BDs selbst anwesend.

A. A., weil sie diese Frage mit der von ihr durchaus verschiedenen vermengen, ob die §§ 164 ff. BGB. auf den BE. durch jedes Rechtssubjekt anwendbar sind, und weil sie dann die hier behandelte Frage aus den Gründen gegen jene zu Unrecht verneinen.

So z. B. Rosenberg § 854 V. Diese Art der Betrachtung steht im inneren Zusammenhang mit den unten S. 77 abgelehnten Einwendungen.

22) WE. S. 656; vgl. S. 694; ihm folgt Bruns S. 87; ähnlich Isay S. 363; Nassauer S. 27.

23) Vgl. oben S. 50 ff. 54 ff.

24) Bruns S. 85; v. Tuhr III S. 372; Schindler S. 68; Fuchs S. 82, 85, wird vor allem durch die Verneinung des Besitzwillens zu dieser Ansicht gedrängt. Seine entstehungsgeschichtlichen Ausführungen sind im wesentlichen zutreffend, jedoch war sich die Kommission selbst nicht über den Charakter des § 855 BGB klar. Ihn in das System einzuordnen, ist Aufgabe der Wissenschaft. Mittel dazu die Konstruktion. Zutreffend Lehmann § 36 III, 1; vgl. Endemann § 38.

25) Bruns a. a. O.; Rosenberg § 854 V.

beim BE durch BD, die neben der mageren Bestimmung des § 855 BGB klaffen, ausfüllen zu können, ist die Frage zu stellen: Wes Geistes Kind ist der § 855? Besteht etwa ein gleicher Ursprung der Fremdwirkung im § 855 wie im § 164 BGB? Wenn ja, hat dieselbe Wurzel den §§ 164 ff. BGB den Artcharakter gegeben, so daß man diese Bestimmungen zur Beantwortung der gleichen Fragen bei dem § 855 BGB heranziehen kann. Diese sich auseinander ergebenden Fragen haben wir bisher in dem Sinne beantwortet, daß der § 164 wie der § 855 BGB Repräsentanten derselben dem BGB zugrunde liegenden Stellvertretung sind, daß weiterhin die Voraussetzungen in den wesentlichen Punkten übereinstimmen, daß also eine Rechtsähnlichkeit besteht, die eine grundsätzliche analoge Anwendung der §§ 164 ff. BGB gestattet. Inwiefern die einzelnen Bestimmungen nun in concreto verwendbar sind, das festzustellen soll die Aufgabe des letzten Teils unserer Arbeit sein. Wir glauben nicht, daß mit Recht der Vorwurf gegen uns erhoben werden könnte, wir hätten dem BE durch BD den Namen „Vertretung" gegeben und hätten dann aus der Terminologie rechtliche Schlüsse gezogen[26]). Wir sind vielmehr der Ansicht, nach den Grundsätzen der Analogie bisher die Möglichkeit einer grundsätzlich entsprechenden Anwendung nachgewiesen zu haben.

Auch der weitere Einwand[27]), daß für den BE durch BD die einzelnen oben aufgeführten Faktoren nicht erforderlich seien[28]), trifft uns in dieser allgemeinen Form nicht, da wir zwischen den BDn mit Vertreter- und denen mit Gehilfencharakter unterscheiden. Hilft der BD lediglich bei der Herstellung der tatsächlichen Gewalt, so fehlen selbstverständlich die die Vertretung charakterisierenden Momente. Soweit sie aber tatsächlich der Vertretung des BGB eigentümlich sind, liegen sie beim BE durch einen BD mit Vertretercharakter sämtlich vor. Die Existenz der Vertretungsbefugnis, die wir in Parallele zur Vollmacht mit Handlungsmacht bezeichneten, dürften die bisherigen Ausführungen klar nachgewiesen haben. Ebenso zeigten wir die rechtliche Notwendigkeit und Wirksamkeit des Vertretungswillens. Gerade wenn man wie Manigk davon ausgeht, daß die Vertretung der Privatautonomie dienen soll, kann man hier erkennen, wie — allerdings nur in einem gewissen Rahmen —

---

26) So Bruns S. 88, ihm folgend Fuchs S. 55.
27) in dem Manigk von Bruns S. 89 unterstützt wird.
28) Manigk, WE, Ss. 694 „nicht vorzuliegen brauchen". vgl. S. 656.

dem Willen des einzelnen die Möglichkeit gegeben ist, die Rechtswirkung zu bestimmen. Weiterhin hoben wir hervor, daß das Handeln im fremden Namen, also das sog. Offenheitsprinzip, auch hier vorliegen kann, daß es aber nicht zum Wesen der Stellvertretung gehört, sondern allein dem Kundgebungszweck der Willenserklärung seine Aufstellung als Tatbestandsteil der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung in § 164 BGB verdankt[29]).

e) In Ergänzung der Manigkschen Einwendungen führt Bruns[30]) gegen die Möglichkeit einer Analogie an, es sei hier eine Vertretung im Willen nicht möglich, der BH müsse diesen vielmehr selbst in genereller oder spezieller Form gefaßt haben. Dieser Einwand ist nicht ohne weiteres verständlich, denn wie wir schon erwähnten[31]), muß auch bei der gewillkürten Stellvertretung bei Rechtsgeschäften der Vertretene die Rechtswirksamkeit der Handlungen des Vertreters in Bezug auf seine Person durch einen eigenen Willensakt einmal ermöglichen. Dies kann Bruns also nicht gemeint haben. Seine Behauptung gewinnt an Klarheit, wenn wir Klein hinzunehmen, der der Brunsschen Ansicht folgt[32]). Er behauptet, es könne deshalb von einer Vertretung im BE keine Rede sein, weil der BE stets den inneren Willen des Erwerbers voraussetze. „Es handele sich vielmehr um Gehilfentätigkeit, die nur die äußere Gewalt herstelle, während der BE erst in dem Augenblick eintrete, in dem der BH den Besitzwillen fasse.“ Diese Ansicht und Argumentation beruht auf der Repräsentationstheorie, die zwischen dem Geschäftswillen, den der Vertreter allein faßt, und der Erteilung der Vertretungsmacht, als zwei juristisch durchaus verschiedenen, selbständigen Tatsachen scheidet. Der Gedankengang von Bruns und Klein ist folgender: Der BH müsse den Besitzwillen selbst fassen und zwar derart, daß dieser Wille des BHn zum Geschäftswillen gehöre. Daher lasse sich dann die obige Unterscheidung nicht mehr durchführen, weil der BD nicht allein den Geschäftswillen habe. Es entfalle denn somit auch die Möglichkeit, den BD als Vertreter anzusehen.

Diese Ansicht verkennt, welchen Charakter die Aeußerung des generellen Besitzwillens des BHn und die Aeußerung des Besitzerwerbswillens des BDs hat. Die erstere stellt sich dar als eine vorher erklärte Zustim-

29) s. oben S. 73 ff.
30) S. 89.
31) oben S. 61.
32) vgl. Klein S.16. Anm. 75, bes. aber S. 172.

mung zu den Besitzerwerbshandlungen des BDs, sie braucht mit dem konkreten BE nicht notwendig verbunden zu sein. In dieser Eigenschaft gleicht sie der Bevollmächtigung durchaus[33]). Der BD mit Vertretercharakter erfüllt seinerseits den gesamten Tatbestand des BEs. Er faßt auch von sich aus selbständig den Geschäftswillen[34]), die Sache — als BD — zu beherrschen. Hiermit ist eine klare Scheidung zwischen der Tätigkeit des BHn und der des BDs gegeben, di eden Forderungen der Repräsentationstheorie vollständig entspricht. Dem Einwand von Bruns und Klein ist somit der Boden entzogen.

§ 12. Die spezielle Anwendungsmöglichkeit der §§ 164 ff. BGB auf den Besitzerwerb durch Besitzdiener mit Vertretercharakter.

Bisher haben wir festgestellt, daß der wahre Tatbestand der Vertretung des BGB von einem Handeln an Stelle des Vertretenen und von der Vertretungsmacht gebildet wird. Wir haben weiterhin erkannt, daß der BE durch einen BD mit Vertretercharakter diese Merkmale einzeln aufweist und daß er somit zur Stellvertretung gehört. Hieraus ergibt sich die zwingende Folge, daß die Bestimmungen der §§ 164 ff. BGB, soweit sie sich auf die obigen Merkmale der Stellvertretung des BGB und nicht ausschließlich auf die Vertretung bei Abgabe und Empfang einer Willenserklärung beziehen, auch auf den BE durch BD Anwendung finden müssen.

a) In den §§ 164—166 BGB wird das Handeln an Stelle des Vertretenen mit seinen rechtlichen Wirkungen geregelt.

Die §§ 164 und 165 BGB sind speziell auf die Vertretung bei Abgabe und Empfang einer Willenserklärung zugeschnitten. So erhält die Vertretung bei Rechtsgeschäften in dem § 164 BGB ebenso ihre rechtliche Grundlage, wie der BE durch BD in dem § 855 BGB. Es besteht nur der Unterschied, daß der § 855 BGB die Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch einen BD regelt und hiervon erst auf den Erwerb geschlossen wird. Die Bestimmung des § 164 Abs. 2, daß der Mangel des Willens im eigenen Namen zu handeln dann unbeachtlich ist, wenn der Fremdwille nicht erkennbar hervortritt, ist die alleinige Folge des Offenheitsprinzips, der Kehrseite des bei gewissen Rechtsgeschäften vorliegenden Kundgebungs-

33) vgl. oben S. 60 und S. 74.
34) Ueber die Natur des Geschäftswillens siehe oben S. 16 und S. 60.

zwecks[35]). Denn bei ihnen ist es möglich, daß der objektive Sinn der Erklärung einen Eigenerwerbswillen zum Ausdruck bringt und sich nicht mit dem inneren Willen des Erklärenden deckt, für einen anderen zu erwerben. Um die in diesen Fällen an sich durch § 119, I BGB gegebene Anfechtung im Interesse des redlichen Geschäftsgegners auszuschließen, bestimmt § 164, II BGB, es solle so angesehen werden, als habe der Vertreter tatsächlich einen Eigenerwerbswillen besessen, wie ihn seine Erklärung objektiv kundgegeben hat. Eine entsprechende Hilfsregelung ist beim BE durch BD mit Vertretercharakter nicht erforderlich, denn der BE enthält eine Willensäußerung ohne Kundgebungszweck. Diese wird nur so wirksam, wie sie wirklich gemeint ist, im Falle des § 164, II BGB also als Fremdgeschäft.

Die Bestimmung des § 165 BGB, daß den Vertreter seine beschränkte Geschäftsfähigkeit nicht daran hindert, eine WE rechtsgültig abzugeben, ist durch die §§ 107, 114 BGB veranlaßt, nach denen die WE eines beschränkt Geschäftsfähigen nichtig ist, wenn sie ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Die Bestimmung des § 165 BGB ist für den BE durch BD überflüssig, weil eine den §§ 107, 114 BGB entsprechende Einschränkung beim BE als Voraussetzung für sie fehlt. Denn auch der beschränkt Geschäftsfähige kann den Besitz ohne weiteres für sich erwerben. Zum BE ist nicht einmal ein Alter von 7 Jahren, sondern nur eine natürliche Willensfähigkeit erforderlich. Wer diese besitzt, kann daher, wie für sich in gleicher Weise auch für seinen BHn Besitz erwerben.

Der § 166 I BGB enthält die Grundsätze der Repräsentationstheorie[36]), auf der die Stellvertretung des BGB aufgebaut ist. Daher hat er auch Geltung für das ganze Institut. Weil der Vertreter in seiner Person den gesamten Tatbestand der betreffenden Handlung erfüllt, deswegen soll und muß es auch auf die Fehler seines Willens, auf seine Kenntnis ankommen, um die an diese anknüpfenden Rechtswirkungen zu beurteilen. Von dieser Regel muß aber durch die Bestimmung des § 166 II BGB eine notwendige Ausnahme in dem Falle gemacht werden, daß der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt hat. Denn hier darf der Vertretene sich nicht auf die Unkenntnis der Umstände berufen, die nicht der Vertreter, wohl aber der Vollmachtgeber

35) Manigk, WE, S. 637.
36) vgl. Staudinger § 166, 1; vgl. oben S. 16 Anm. 29.

kannte. Eine solche Ausnahme ist erforderlich, damit nicht jemand die Möglichkeit hat, die Rechtsfolgen seiner Kenntnis mit Hilfe der Person eines Vertreters zu umgehen.

In welchem Maße Willensmängel auf den BE und den durch BD von Einfluß sind, kann hier nicht näher untersucht werden. Bejaht man ihn, so kann nur die Person des BDs als maßgebend in Betracht kommen.

Für das Kennen und Kennenmüssen gewisser Umstände ist ebenfalls allein die Person des BDs ausschlaggebend. Praktische Bedeutung hat die analoge Anwendung des § 166 I BGB in dieser Hinsicht in den Fällen der §§ 990, 819, 932 und 937 BGB. Das mögen die folgenden Beispiele veranschaulichen.

Die Arbeiter eines Schrottlagers haben auf Anweisung eines damit beauftragten Angestellten einen irrtümlich an dieses geleiteten Waggon mit neuen Maschinenteilen abgeladen und trotz der Kenntnis der falschen Adressierung zerschlagen. Der Eigentümer klagt aus § 990 BGB gegen die Aktiengesellschaft, der das Schrottlager gehört, mit der Behauptung, sie sei bösgläubige Besitzerin der Maschinenteile gewesen. Das Reichsgericht[37]) ist dieser Ansicht mit Recht beigetreten. „Derjenige, der als BD eines andern für diesen nach besonderer oder allgemeiner Anweisung Besitz erwirbt, handelt als dessen Stellvertreter, wie er auch Stellvertreter im Besitz ist. Es findet also die Bestimmung des § 166 I BGB Anwendung[38]). Es ist selbstverständlich, daß bei einem so großen Unternehmen der BE von Betriebsmaterial nicht unmittelbar durch ein Vorstandsmitglied erfolgt, sondern durch Angestellte, die ein für alle Mal[39]) damit beauftragt sind. Die Angestellten handeln insoweit als Bevollmächtigte und Vertreter der Firma."

Der wegen Geisteskrankheit entmündigte A übergibt ihm nicht gehörende Aktien dem Prokuristen des Bankiers B mit dem Auftrage, sie zu verkaufen. Weiß jetzt der Prokurist von der Geisteskrankheit des A, so macht den Bankier der schlechte Glaube seines BDs zum bösgläubigen Besitzer mit der entsprechend schärferen Haftung. Es würde sich seine Her-

---

37) RG. in Seuff. Arch. 79, 303; ihm folgt RGRK. § 990, 2.
38) Gemeint kann nur eine analoge Anwendung sein.
39) Dieser etwas vage Ausdruck dürfte dann auf irriger Vorstellung beruhen, wenn damit gesagt sein sollte, daß die „Bevollmächtigung" nicht entzogen oder eingeschränkt werden könnte. Vgl. oben S. 61 ff. Es ist aber wohl anzunehmen, daß er eine Verdeutschung des Wortes „generell" enthalten soll.

ausgabepflicht auf die conditio possessionis[40]) des A, erhoben durch seinen Vormund, nach den §§ 812, 819, 818 IV, 292, 989 BGB bestimmen.

Der BH hat ein Pferd gekauft und sich mit dem Veräußerer über den Eigentumsübergang geeinigt, weiterhin verabredet, daß sein Stallmeister das Pferd abholen und auf gewisse Eigenschaften prüfen sollte. Wenn dieser hierbei erhebliche Mänge feststellen sollte, so werde der Vertrag damit aufgelöst. Der Stallmeister findet das Pferd in Ordnung und nimmt es mit. Er hat es aber als das Eigentum des X erkannt, der es dem Verkäufer in Pflege gegeben hat. Es fragt sich jetzt, ob dem BHn der böse Glaube des Stallmeisters zuzurechnen ist, der als BD nur Stellvertreter bei der Uebergabe, nicht aber Vertreter bei dem Rechtsgeschäft der Einigung ist. Der BH würde Eigentümer gemäß §§ 929 Satz 1, 932 BGB erst im Moment der Uebergabe, also in dem Augenblicke geworden sein, als der BD für ihn die tatsächliche Gewalt erlangt hatte[41]). Der böse Glaube seines BDs, der hier Vertretercharakter hat, muß ihm aber gemäß § 166 I BGB zugerechnet werden. Einig ist man sich darüber in der Literatur[42]), wenn die ganze Uebereignung durch einen Vertreter stattgefunden hat. Da die Uebereignung jedoch erst durch Einigung **und** Uebergabe vollzogen ist, so muß man den guten Glauben für die Dauer des ganzen Aktes fordern. Wird also die Sache einer dritten Person mit Vertretereigenschaft übergeben und ist diese bösgläubig, so muß dem Vertretenen der böse Glaube dieser Person zugerechnet werden.

Für die Ersitzung diene der gleiche Fall mit der Aenderung als Beispiel, daß es sich statt des Stallmeisters um einen Gutsverwalter handelt und dieser das Pferd auf das von ihm verwaltete Gut mitnimmt. Wenn er zehn Jahre hindurch dem BHn den Eigenbesitz „vermittelt", so kann der BH trotz seines zehnjährigen Eigenbesitzes das Pferd nicht zu Eigentum erwerben, da ihm der böse Glaube seines Vertreters zuzurechnen ist[43]).

---

40) vgl. RGRK. § 12 u. d. d. zit. Judikatur, §§ 819 Ziff. 2; Staudinger § 812 I, 3 e α; vor allem Oertmann § 812, 2 α β.

41) Planck § 932 I a und 929 3 b.

42) vgl. Biermann § 932 2 b; RGRK § 932 1; Planck § 932 2; Staudinger § 932 II 1 ff.

43) v. Tuhr II 2 S. 373 Anm. 249; Staudinger § 937, 2 a β.

44) Diese Beispiele, wie auch die folgenden, dürften m. E. die Behauptung Manigks widerlegen (WE S. 692), die Besitzübertragung komme praktisch niemals abstrakt vor. Die tatsächlichen Verhältnisse, die für den Besitz entscheidend seien, seien von letzterem untrennbar, es lägen also der Besitzübergabe insofern immer echte Verträge obligatorischer oder dinglicher Art zugrunde. Richtig ist, daß der abgeleitete Besitzerwerb häufig in Zusammenhang mit einem Vertrage steht. Da jedoch die obligatorischen oder dinglichen Verträge von einem anderen Vertreter oder dem Vertretenen selbst geschlos-

Der die Bestimmung des § 166 I einschränkende § 166 II BGB ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß die Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft erteilt sein muß. Die Bestimmung hat lediglich die negative Bedeutung, daß die Vertretungsmacht dem Vertreter nicht kraft Gesetzes zustehen darf[45]). Der BH kann sich also beim BE durch seinen BD mit Vertretercharakter dann nicht auf dessen guten Glauben berufen, wenn dieser seine Weisungen befolgt hat und es sich um Tatumstände handelt, die er selbst kannte oder kennen mußte.

Der § 166 II BGB würde im folgenden Falle zur entsprechenden Anwendung kommen. Der Prokurist P hat für seinen BHn einen Kaufvertrag über ein Pferd mit demselben Inhalt wie im obigen Falle abgeschlossen. Er hat sich auch mit dem Verkäufer über den Eigentumsübergang geeinigt. Der BH entnimmt seinen Schilderungen, daß es sich um das Pferd eines Dritten handelt, welches dem Verkäufer geliehen worden ist. Er schickt seinen Stallmeister zu dem Verkäufer, damit er es verabredungsgemäß untersuchen und evtl. mitnehmen soll. Hier kann sich der BH zwar auf den guten Glauben seines Prokuristen berufen, weil dieser von sich aus tätig geworden ist, nicht aber auf die Unkenntnis seines Stallmeisters, da der auf seine Anweisung gehandelt hat und da er selbst bösgläubig war.

b) Wir stellten fest, daß die Handlungsmacht der Vollmacht in allen wesentlichen Punkten mit der einen Ausnahme entspricht, daß neben ihr ein Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem vorhanden sein muß, welches nach der Verkehrsauffassung als sozial abhängig beurteilt wird. Um erkennen zu können, ob die §§ 167—176 BGB, die die Erteilung der Vertretungsmacht und ihre Beendigung regeln, auf die Handlungsmacht des BDs anwendbar sind, ist es notwendig zu untersuchen, welcher Natur die Handlung ist, durch die die Handlungsmacht erteilt wird. Und zwar ist im Hinblick auf den § 167 BGB, der eine interne und externe Erteilung der Vollmacht unterscheidet, je nachdem die Erklärung dem Vertreter oder dem Dritten gegenüber abgegeben wird, zu prüfen, ob der Erteilung der Handlungsmacht überhaupt ein Kundgebungszweck zugrunde liegt oder ob ihr ein solcher Zweck fehlt, wie z. B. der Aeußerung des Besitzerwerbswillens und der Aeußerung des Vertretungswillens des BDs.

In der Regel dürfte ein Kundgebungszweck der Handlung des Vertretenen zugrunde liegen. Denn der BH wird, selbst wenn sein Handeln

---

sen werden können, besteht für den BD die Möglichkeit, als reiner Vertreter beim BE den Besitz zu erwerben.

45) Vgl. Oertmann § 166, 3a; RGRK 166, 2.

einen anderen Zweck als die Erteilung der Handlungsmacht unmittelbar verfolgt, „sich sagen, daß sein Verhalten in der Seele des Gegners bestimmte Vorstellungen von seiner, des Geschäftsherrn Absicht erzeugen müßte". Diesen Kundgebungserfolg seines Handelns sieht er nicht nur voraus, er will ihn auch. Denn sonst wird der BD, wenn er den Rahmen seiner Befugnisse nicht eigenmächtig überschreiten will, — was wiederum im Interesse des BHn liegt — Handlungen, die eine solche Vertretungsmacht erfordern, nicht vornehmen. Der BH wird also schon, um sich die Entscheidung über die Ordnung seiner Verhältnisse nicht entziehen zu lassen, um selbst Herr im Hause zu bleiben, die Kundgebung seines Willens wollen müssen. Im übrigen würde aber auch das Erkennen des Kundgebungserfolges durch den BHn seinen Willen, ihn hervorzurufen, nach sich ziehen[46]). Der BD wird auf der anderen Seite „in der Lage sein, Zweck und Inhalt dieser Kundgebung zu erkennen."

Doch fragt es sich, liegt auch dann eine Erteilung der Handlungsmacht vor, wenn der Willensäußerung des BHn ein Kundgebungszweck gefehlt hat, weil er sie durch ein Verhalten zum Ausdruck brachte, das entweder niemand oder nur eine solche Person wahrzunehmen vermochte, die Zweck und Inhalt der Kundgebung nicht erkennen konnte[47]).

So kaufte in dem oben angeführten Falle der BH ein Pferd, einigte sich mit dem Verkäufer über den Eigentumsübergang und traf die Abrede, daß es am nächsten Tage in seinem Geschäftshaus abgegeben werden solle. Gesprächsweise teilte er seiner Frau seinen Kauf mit und erwähnte, der Angestellte X werde das Pferd annehmen. Er setzte dabei irrig voraus, er habe dem Angestellten X Auftrag und Handlungsmacht zur Annahme gegeben. X, der im allgemeinen zur Annahme von Sachen nicht befugt war, nahm das Pferd als BD an. Wurde der BH sofort unmittelbar Besitzer oder erst, als er von dem Besitz erfuhr und seine Zustimmung erklärte?

Obwohl der Aeußerung des BHn, der X werde das Pferd annehmen, ein Kundgebungszweck gefehlt und der BD nicht einmal von dem Willen des BHn erfahren hat, müssen wir nach unserer oben[48]) vertretenen Auffassung über die Natur der Erteilung der Handlungsmacht den sofortigen BE bejahen. Denn die Erteilung der Handlungsmacht ist ihrem Wesen nach eine vorher gegebene Zustimmung, eine generelle Besitzwillensäuße-

46) Manigk, WE, S. 273.
47) Manigk, WE, S. 280, S. 283.
48) S. 59, 60.

rung. Als solche ist sie nicht notwendig von einem Kundgebungszweck begleitet.

Die Erteilung der Handlungsmacht gehört demnach nicht zu den Willenserklärungen, die einen Kundgebungszweck notwendig enthalten[49]), sondern zu den „Willensäußerungen ohne Kundgebungszweck". Daher ist die Bestimmung des § 167 BGB, wem gegenüber die Bevollmächtigungserklärung abzugeben ist, hier nicht zu verwerten.

Mit dieser Feststellung ist nichts darüber gesagt, ob die Erteilung der Handlungsmacht den Rechtsgeschäften oder den Rechtshandlungen zuzurechnen ist, denn es gibt Rechtsgeschäfte mit Willensäußerungen ohne Kundgebungszweck und Rechtshandlungen, die Willensäußerungen mit einem Kundgebungszweck enthalten[50]). Die Erteilung der Handlungsmacht gehört zu den Rechtshandlungen mit inkongruenter Rechtsfolge der Erklärung. Der Rechtserfolg — die Handlungsmacht des Besitzdieners — tritt nämlich ein, wenn der Wille, durch den BD Besitz zu erwerben, geäußert worden ist. Diese Willensäußerung gehört deshalb nicht zu den Rechtshandlungen mit kongruenter Rechtsfolge der Erklärung, weil der Wille des BHn nicht auf die Erteilung der Handlungsmacht gerichtet zu sein braucht. Es genügt, z. B. wenn der BH die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den BD erstrebt.

Das Erlöschen der Handlungsmacht wird sich in der Regel gemäß § 168 BGB nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis richten. Jedoch kann die Bestimmung wie bei den Rechtsgeschäften[51]) auch hier nicht einen zwingenden Charakter haben. Ein Fortbestehen der Handlungsmacht trotz dem Wegfall des Vertrages ist möglich. So hat z. B. der BH den BD als Chauffeur angestellt. Der BH wird wegen Verschwendung entmündigt. Sein Vormund kündigt dem BD, der aber aus Anhänglichkeit noch einige Zeit bei dem BHn bleibt. Obwohl das Vertragsverhältnis aufgelöst ist, sind doch das soziale Abhängigkeitsverhältnis und die Handlungsmacht in ihrem rechtlichen Bestande unberührt geblieben. Der BD ist daher weiterhin in der Lage, als Vertreter des BHn für ihn unmittelbaren Besitz zu erwerben.

Die Handlungsmacht kann aber auch, wie die Vollmacht, gemäß § 168 Satz 2 BGB bei dem Fortbestehen des ihrer Erteilung zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses widerrufen werden. So kann z. B. dem Angestellten

---

49) Manigk, S. 175 ff. (WE).
50) Manigk WE. S. 637.
51) vgl. Oertmann § 168, 2; RGRK § 168, 1; RG 81, 260.

eines Gaswerks, der die Gasrechnungen einkassiert und die vom Vorstand unterschriebenen Quittungen übergibt, die Handlungsmacht zum BE als BD an dem Geld der Gesellschaft entzogen, beschränkt und wieder erteilt werden, ohne daß irgend eine Aenderung in seinem Anstellungsverhältnis eintritt. Eine rechtsgeschäftliche Vollmacht fehlt einem solchen „Kassierer". Denn die Erklärungen, welche die Schuldtilgung, den Eigentumsübergang des Geldes und der Quittung betreffen, gibt er nur als Bote ab, indem er lediglich die mit diesen Erklärungen versehene Urkunde überreicht[52]).

Die §§ 169, 170, 171 II, 172 II, 173 BGB beschäftigen sich mit dem fiktiven Weiterbestand der Vertretungsmacht zugunsten des Vertreters (§ 169) oder gewisser dritter Personen (§ 170, 171 II, 172 II). Hierauf kann sich aber ein solcher Dritter in der Regel nicht berufen, der das Erlöschen der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte (§§ 169, 173). Die Bestimmungen sind auf den BE durch BD mit Ausnahme des § 170 anwendbar. Der § 170 ist einer Analogie unzugänglich, weil es eine externe Erteilung der Handlungsmacht nicht gibt. Die entsprechende Anwendbarkeit der übrigen Bestimmungen mögen die folgenden Beispiele veranschaulichen.

Ueber das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft Meyer & Co. wurde durch Beschluß des Amtsgerichts morgens 10 Uhr das Konkursverfahren eröffnet. Der Prokurist P., der hiervon um 12 Uhr noch keine Kenntnis hatte, nahm Waren von X für die Gesellschaft an und behielt sie in seiner tatsächlichen Gewalt. X hatte schon von der Konkurseröffnung erfahren und wollte eine Schuld, die er gegen die Gesellschaft hatte, durch die Lieferung noch rasch ausgleichen, da der Vertrag besondere Vorteile bot. Er stellte jedoch nachher fest, daß die Schuld schon beglichen war. Er erhebt jetzt Klage, um die Waren aus der Masse zu vindizieren. Der Konkursverwalter bestreitet die Passivlegitimation der Masse. Die Klage ist abzuweisen, da die offene Handelsgesellschaft nicht Besitzerin der sich noch im Gewahrsam des P befindlichen Waren geworden ist, obwohl er den Vertretungswillen geäußert hat. Denn die Vertretungs- und Hand-

---

52) Durch die Fiktion des § 370 BGB, daß der Ueberbringer einer Quittung als ermächtigt gilt, die Leistung zu empfangen, wird ihm eine Vollmacht auch nicht erteilt. Ist der Ueberbringer einer solchen Quittung BD des Ausstellers und handelt es sich um einen BE, so erlangt er durch § 370 BGB nur eine Handlungsmacht, wie z. B. der Lehrling eines Schneiders, der von seinem Meister mit einer Quittung zu einem Kunden geschickt wird, um eine Auswahl von Stoffen abzuholen, die der Meister dem Kunden zur Ansicht geschickt hat.

lungsmacht des P war nach § 23 KO mit der Konkurseröffnung erloschen. Sie bestand zwar gemäß §§ 23 KO, 674 BGB zum 12 Uhr noch zu seinen Gunsten, weil er zu der Zeit noch nicht wußte, daß das Konkursverfahren eröffnet worden war. Hierauf kann sich der Kläger aber nach § 169 BGB in entsprechender Anwendung nicht berufen, da ihm die Konkurseröffnung bekannt war.

Die Käsehandlung K unterhielt bei der Lagerhausgesellschaft L ein Käselager. Wegen der erforderlichen Pflege der Ware vereinbarten beide, daß nur ein bestimmter Angestellter der Firma L das Käselager verwalten und auch dieser allein die zur Einlagerung bestimmte Ware annehmen[53]) und auch wieder ausgeben sollte. Der Name des jeweiligen Angestellten sollte der Firma K brieflich mitgeteilt werden. Längere Zeit bekleidete A diesen Posten, dann wurde er wegen Unregelmäßigkeiten entlassen. Am selben Morgen brachte der Fuhrmann der Firma K auf einem Pferdewagen Käse zum Einlagern. A verstand es, dem Fuhrmann vorzuspiegeln, er sei noch in seiner Stellung. Nachdem sie gemeinsam die Menge festgestellt hatten, spannte der Fuhrmann aus und ließ den Wagen vor der Rampe stehen. A verständigte einen andern, ihm befreundeten Fuhrmann, ließ den Wagen abfahren und verwandte den Käse für sich. Da der Brief, der von der Entlassung des A Mitteilung machte, erst am nächsten Tage bei der Firma K ankam, muß die Firma L den BE des A gegen sich gelten lassen. (§§ 171, I und II BGB in entsprechender Anwendung.) Diese würde dann nicht der Fall sein, wenn der Fuhrmann der Firma K hiervon gewußt hätte. Denn dessen Kenntnis würde ihr gemäß § 166 II zuzurechnen sein und würde ihr in Analogie zu § 173 BGB den Schutz des § 171 II BGB entziehen.

c) In den §§ 177—180 BGB wird der Fall behandelt, daß dem Vertreter beim Abschluß des Vertrages die Vertretungsmacht gefehlt hat. Die Regeln sind, soweit sie nicht gerade auf den Vertragsschluß speziell zugeschnitten sind, zur analogen Verwendung geeignet, da auch jemand als BD mit Vertretungscharakter auftreten kann, ohne daß er die erforderliche Handlungsmacht besitzt.

---

53) Durch diese Abrede erhält A keine rechtsgeschäftliche Vollmacht. Der Lagervertrag ist zwar Realvertrag (Staub § 419 Anm. 5 b). Die Hingabe der Sache ist aber nur Bedingung für seine Wirksamkeit (RGRK. § 688 Vorbem. 1). Die rechtsgeschäftlichen Erklärungen enthält der Vorvertrag.

Die §§ 177, 184 BGB bestimmen, daß ein Vertragsschluß mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht durch Genehmigung des Vertretenen von Anfang an wirksam wird. Die Bestimmung ist für den BE durch BD unanwendbar. Hat ein BD ohne Handlungsmacht dem BHn den Besitz erworben, so kann der BH zwar dadurch den Besitz erlangen, daß er die Tätigkeit des BDs „genehmigt". Die Genehmigung hat aber keine rückwirkende Kraft. Sie ist ihrer rechtlichen Natur nach nichts anderes als die nachträgliche erklärte Zustimmung zu dem erfolgten Erwerb, also die Aeußerung des Besitzwillens durch den BHn. Sie weist keine grundsätzliche Verschiedenheit von der Willensäußerung auf, die ich durch mein Verhalten zum Ausdruck bringe, wenn ich einen fremden auf meinem Tennisplatz liegenden Ball, ohne ihn zu ergreifen, in Besitz nehme, indem ich zu meinem Partner sage, „da habe ich ja wieder einen Ball, möchte wissen, wem er gehört".

Der Charakter der Zustimmungserklärung würde nicht ausschließen, daß das Gesetz ihr rückwirkende Kraft gäbe. Eine sie anordnende ausdrückliche Bestimmung fehlt aber, und die analoge Anwendung des § 184 BGB ist nicht möglich. Der rechtsgeschäftlichen Genehmigung gab das Gesetz durch die Bestimmung des § 184 BGB rückwirkende Kraft, weil die Rückwirkung durchschnittlich dem Willen der Kontrahenten entspricht[54]) und mit einem Rechtsgrundsatz nicht in Widerspruch steht. Nun wollen zwar die Beteiligten der Besitzübertragung auch den sofortigen Besitzübergang auf den BHn. Dieser Wille kann hier aber keine Beachtung finden. Es bestände bis zur Genehmigung durch den BHn ein Schwebezustand, der nicht erkennen ließe, ob der BH oder der BD Besitzer der Sache wäre. Eine solche unsichere Rechtslage kann dem Eigentümer oder einem höherstufigen Besitzer nicht zugemutet werden, da sie hinsichtlich der Besitzübertragung Dritte sein können und ihre Rechtsposition durch diese Unsicherheit erheblich geschwächt sein würde[55]).

Hat der BH seine Genehmigung erteilt, so ist die Rechtslage die gleiche, wie wenn der BH durch Einigung mit seinem BD von diesem den Besitz der Sache erworben hätte[56]). Es wird denn auch der BH durch die „Genehmigung" Besitznachfolger seines BDs.

54) v. Tuhr, 1 III § 78 S. 240.
55) vgl. v. Tuhr Bd. 1, II, § 43 Anm. 106.
56) Hierzu würde nicht eine vertragliche Einigung gemäß § 854 II BGB erforder-

Die Vorschrift des § 179 BGB ist in beschränktem Maße analog anwendbar. Sie gibt dem Vertragsgegner eines Vertreters ohne Vertretungsmacht nach seiner Wahl einen Anspruch auf Erfüllung oder auf Schadenersatz.

Der Anspruch auf Erfüllung kann bei dem BE eines BDs ohne Handlungsmacht nicht bestehen, da die Besitzübertragung als solche nur zwei gleichgerichtete Willensäußerungen erfordert, und ein Vertragsschluß fehlt, in dem eine Leistung bestimmt worden wäre, die der Dritte jetzt verlangen könnte. Der BD ist zwar in der Lage, neben den auf die Besitzübertragung abgegebenen Willensäußerungen einen Vertrag zu schließen. Der Fall interessiert hier aber nicht, weil der BD dann nicht allein in seiner Eigenschaft als BD, sondern auch als rechtsgeschäftlicher Vertreter ohne Vertretungsmacht tätig geworden ist und die §§ 177 ff. daher auf ihn unmittelbar zur Anwendung kommen.

Der Anspruch auf Schadenersatz ist jedoch gegen den BD ohne Handlungsmacht gegeben, da der Grund, aus dem das Gesetz den Vertreter ohne Vertretungsmacht haften läßt, auch bei ihm vorliegt. Wie dieser verletzt er die Gewährpflicht, die er durch sein Auftreten als BD mit Vertretercharakter übernimmt[57]). Hat z. B. der Eigentümer der Sache Interventionsprozesse deshalb zu führen, weil nicht der solvente BH, dem er die Sache übergeben wollte, sondern der BD den Besitz der Sache erlangt hat und weil diese von seinen Gläubigern gepfändet worden ist, so kann er m. E. Ersatz für den hierdurch entstandenen Schaden nach § 179 BGB in entsprechender Anwendung verlangen. Ein weiterer Schaden könnte ihm durch vergebliche Transport-, Verpackungs- und Versicherungskosten, Minderwert infolge der Verschickung, Zinsverlust, u. a. erwachsen. Der Anspruch geht in allen Fällen nicht über das negative Interesse hinaus, da ein Erfüllungsinteresse wegen des mangelnden Vertragsschlusses nicht bestehen kann.

Der § 180 BGB beruht auf dem Grundsatz, daß ein einseitiges, in den Rechtskreis eines Dritten eingreifendes Rechtsgeschäft nur dann zulässig ist, wenn es sofort und definitiv wirken kann, weil dem Dritten die

---

lich sein. Eine natürliche Willensfähigeit auf beiden Seiten würde genügen. Wolff § 11, III, 1. Manigk S. 692.

57) RGRK § 179, 1, insbesondere Oertmann, § 179, II 4; v. Tuhr 1, III § 87 Anm. 82.

Unsicherheit der Rechtslage im anderen Falle nicht zugemutet werden soll[58]. Daher gab das Gesetz dem Vertreter ohne Vertretungsmacht nicht die Möglichkeit zur Vornahme solcher einseitiger Rechtsgeschäfte.

Die Einschränkung verliert bei allen den Geschäften ihren Sinn, die nicht die Rechte Dritter beeinflussen. Dies ist beim originären BE der Fall[59], wenn man ihn als einseitig dem derivaten zweiseitigen BE gegenüberstellen will. Wer Besitz originär erwirbt, handelt entweder ohne Beeinträchtigung oder unter Mißachtung fremder Rechte. Im ersteren Fall wird der Rechtskreis eines Dritten überhaupt nicht berührt. Im anderen Falle besteht für den Dritten in der Hauptsache eine Ungewißheit nicht, da er weiß, daß man ihm die Sache entzogen hat und da er sich an den entziehenden BD ohne Handlungsmacht halten kann. Durch die Zulassung der Zustimmung des Vertretenen wird die Rechtsstellung des ehemaligen Besitzers zudem nicht beeinträchtigt, da BH und BD sich auch über den Besitzübergang in Analogie zu § 854 II einigen könnten[60]. Die Rechtslage ist in beiden Fällen die gleiche, da die Zustimmung nur ex nunc wirkt und der BH Besitznachfolger seines BDs wird, der die Sache in der Zwischenzeit besessen hat.

d) Das Gesetz wollte eine Kollision der gegenseitigen Interessen des Vertreters und des Vertretenen oder mehrerer durch denselben Vertreter vertretenen Personen vermeiden. Deshalb hat es im § 181 BGB angeordnet, daß ein Vertreter ein Geschäft des durch ihn Vertretenen mit sich selbst oder mit sich als Vertreter eines Dritten nur dann vornehmen darf, wenn es ihm gestattet ist, oder wenn es ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Fälle der gedachten Art beim BE durch BD sind die folgenden: Der BD bringt seine eigene Sache durch eine Willensäußerung unter Herstellung des betreffenden räumlichen Verhältnisses in die tatsächliche Gewalt seines BHn. Oder der BD ist Prokurist bei zwei Firmen; die im Besitz der einen befindlichen Sache erwirbt er durch entsprechendes Verhalten für die andere. Auch bei diesen Geschäften besteht in gleicher Weise die Gefahr, daß die gegenseitigen Interessen des BDs und des BHn oder die mehrerer BHn miteinander in Widerspruch stehen. Denn es könnte der

58) v. Tuhr Bd. I, II § 53 J, 1 insbes. Anm. 69; Bd. I, III § 87 II 2.
59) vgl. Manigk, WE, S. 590.
60) vgl. oben S. 88 Anm. 56.

Fall sein, daß der BD eine Sache als Besitzer oder als BD eines von zwei BHn in seiner tatsächlichen Gewalt hat, daß deren Eigentümer sie durch Klage herausverlangt und daß er nun, um die Klage von sich oder dem einen BHn abzuwenden, die Sache dem BHn bzw. dem andern BHn erwirbt und damit diese mit der Passivlegitimation hinsichtlich der Eigentumsklage und der Herausgabepflicht belastete. Daher kann m. E. ein Selbstkontrahieren auch beim BE durch BD nur in den Ausnahmefällen des § 181 BGB zugelassen werden[61]).

61) A. A. wohl v. Tuhr II 2 § 84 Anm. 187. Der von ihm angeführte Fall, daß V eine Sache aus dem Schrank des A nimmt und in den des B legt, braucht nichts mit Vertretung zu tun zu haben. Der dortselbst von v. Tuhr angezogene und von ihm in JZ. 21/585 besprochene Fall, RG 86, 262, behandelt nicht einen BD, würde aber in seinen Auswirkungen nur gegen v. Tuhrs Ansicht sprechen.

Lebenslauf.

Ich wurde am 29. Dezember 1906 zu Iserlohn geboren als Sohn des Kaufmann Heinrich Keith und seiner Ehefrau Lina geb. Winner. Ich bin evangelischer Konfession und besitze die preußische Staatsangehörigkeit.

Das Zeugnis der Reife erhielt ich am 10. März 1926 als Schüler des Realgymnasiums zu Essen-Bredeney.

Ich studierte vom Sommersemester 1926 bis zum Sommersemester 1929 sieben Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten zu Freiburg, Köln, Berlin und Münster.

Am 7. März 1930 bestand ich vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts in Hamm die erste juristische Prüfung mit dem Prädikate „gut" und am 27. Juli 1931 vor der Prüfungskommission der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Münster das Examen rigorosum „magna cum laude".

Franz Heinrich Keith.